<36638835670015

<36638835670015

Bayer. Staatsbibliothek

Abhandlungen

über

einzelne Materien

des

römischen bürgerlichen Rechts

von

Gottfried Philipp von Bülow,

Herzoglich Braunschweigischem Oberappellationsrathe beim Gesammtoberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel.

Non me cuiquam mancipavi, nullius nomen fero
Multum magnorum virorum iudicio, aliquid et meo vindico.
Seneca, in epist. 45.

Zweiter Theil. Erstes Heft.

Braunschweig, 1818.

Bei Friedrich Vieweg.

49. P.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Dem

Herrn Geheimerathe und Oberapellationsgerichts-Präsidenten,

Freiherrn von Schleinitz,

in

verehrungsvoller Ergebenheit

gewidmet.

Vorrede.

Bei dem ersten Theile dieser Abhandlungen wurden Rechtsfälle und richterliche Entscheidungen ausgeschlossen, weil die Aussprüche eines nur schwach besetzten Gerichts in einem Staate von geringem Umfange, als Präjudicien kein Interesse für das größere Publikum gewähren konnten.

Mit dem vorigen Jahre ist aber die bisherige Appellationscommission des Herzogthums Braunschweig, durch Beitritt der Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont, Lippe und Schaumburg-Lippe in ein gemeinschaftliches Oberappellationsgericht dieser Staaten übergegangen, und bildet gegenwärtig einen Gerichtshof, welchem jene Erweiterung seines Sprengels, bei einer angemessenen Vermehrung seiner Mitglieder, eine Stelle in der Reihe derjenigen Gerichte zusichert, deren Entscheidungen, sofern sie das gemeine Recht zu erläutern und zu befestigen streben, auch für einen Dritten und selbst außerhalb der Grenzen ihrer Gerichtsbarkeit einigen Werth haben.

Von jetzt an schien es also zweckmäßig, die merkwürdigern Aussprüche des hiesigen höchsten Gerichts bekannt zu machen; und dieses führte zu einer zweifachen Erweiterung des ursprünglichen Plan's dieses Werks. Zwar bestehet, wie der erste Theil, so

auch diese Fortsetzung dem Hauptinhalte nach aus wissenschaftlichen, von jeder factischen Beschränkung freigehaltenen Bearbeitungen practisch wichtiger Materien des bürgerlichen Rechts; und noch jetzt sind weder Abstimmungen, noch auch bloße Rechtsfälle aufgenommen. Allein da, wo Entscheidungen des Oberappellationsgerichts den Abhandlungen zur Erläuterung dienen konnten, sind dieselben solchen, wiewol nur in der bezeichneten Maaße, als Anhang beigefügt, und einer jeden von dem Rechtsfalle bloß soviel vorhergeschickt, als zur Verständlichkeit erforderlich war *). Sodann ist die Auswahl der Gegenstände nicht mehr auf Materien des römischen Rechts beschränkt, vielmehr überhaupt solche aufgenommen worden, die gemeinrechtlich sind und einer Erörterung bedürftig schienen.

Auf diese Weise bietet dieses Werk von jetzt an, neben der wissenschaftlichen Behandlung freigewählter Gegenstände, zugleich eine Sammlung der erheblichern Entscheidungen des hiesigen höchsten Gerichts dar, welche den Geschäftsmännern in den seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Ländern ein fortlaufendes repertorium der merkwürdigsten Präjudicien desselben über streitige Rechtsfragen gewährt, und seine erhabene Bestimmung, dem Schwanken der Praxis in solchen Fällen entgegen zu wirken, möglichst zu fördern trachtet.

---

*) Es sind diese Entscheidungen mit Strenge und Sorgfalt größtentheils unter den 146 Haupterkenntnissen in Civilsachen, welche, neben 38 Urtheilen in Strafsachen, von dem Oberappellationsgerichte im Laufe des Jahrs 1817 abgegeben worden sind, ausgewählt worden.

Findet dieses Unternehmen Beifall und Unterstützung, und es schwindet ja die Zeit, von der es galt:

— — — magis
Pugnas et exactos tyrannos
Densum humeris bibit aure vulgus;

so wird von Zeit zu Zeit ein ähnliches Heft erscheinen, deren zwei oder drei einen Band bilden und mit einem Register versehen werden sollen.

Da diese Arbeit in ihrer gegenwärtigen Gestalt weniger eine Fortsetzung jenes ersten Theiles, als ein davon verschiedenes Werk enthält, so erscheint sie für diejenigen, welche solchen Theil nicht besitzen, unter einem zwiefachen Titel.

Hiermit würde diese Vorrede zu beschließen seyn, wenn nicht gewisse Andeutungen in öffentlichen Blättern eine Erklärung hier nöthig machten.

Der Richter kann, indem es seine Bestimmung ist, einer der streitenden Parteien den Apfel zuzusprechen, auf den Beifall beider Theile keinen Anspruch machen, und darf selbst dem Unterliegenden nicht verargen, wenn er seinen Unmuth über ein widriges Urtheil ausspricht und bei der Ansicht beharrt, die er in seinem Rechtsstreite durchzuführen suchte. Handelten in diesem Sinne mithin Diejenigen, deren Erwartungen durch die Grundsätze getäuscht wurden, welche das hiesige höchste Gericht über die Wirkung der, während der feindlichen Occupation im Herzogthume Braunschweig vorgenommenen Veräußerungen von Staatsgut ausgesprochen hat; so ist solches an sich nicht geeig-

net, hier beachtet zu werden. Das Gericht überläßt mit dem Bewußtseyn der Pflichterfüllung die Würdigung seines Benehmens, wie in allen, so auch in diesen Sachen, dem unparteiischen Publikum, und scheuet das Licht so wenig, daß der Verfasser, auch über jene so viel besprochenen Fragen, die erheblichsten Entscheidungen desselben dieser Sammlung, und zwar minder verstümmelt, als es in einem öffentlichen Blatte geschehen ist, hat einschalten können (s. Nro. I. §. 2. und Nro. II.). Allein man ist weiter gegangen, und hat die Rechtspflege des Oberappellationsgerichts verdächtig zu machen gesucht, indem man dasselbe als abhängig von den Einwirkungen der Regierung darstellt; und Insinuationen dieser Art könnten bei dem unerfahrnen Staatsbürger, das Vertrauen zu jenen beiden Behörden schwächen, und für seine Sicherheit und Freiheit in ihm Besorgnisse erregen. Also scheint es nützlich, hier Folgendes zu bemerken; zumal jene Behörden nicht wohl Gelegenheit haben, gegen indirecte Angriffe und Verunglimpfungen dieser Art sich selbst zu vertheidigen.

Das Oberappellationsgericht, welches wegen seiner Zusammensetzung, als mehrern Regierungen zugleich untergeordnet, um so unabhängiger von jeder einzelnen derselben erscheint, hat seine Grundsätze, über die Wirkung der zu französisch-westfälischer Zeit vorgenommenen Veräußerungen des Staatsgutes im Herzogthum Braunschweig, allein aus den Vorschriften des Völker- und Staatsrechts zu schöpfen gehabt, weil damals, als es dieselben aussprach, noch überall

keine Verordnung über diesen Gegenstand in diesem Herzogthume ergangen war. Weit entfernt auf die Rechtspflege des höchsten Gerichts einwirken zu wollen, hat die herzogliche Regierung ein, erst in diesem Jahre erlassenes Gesetz höchstwahrscheinlich bloß in der Absicht so lange zurückgehalten, um in Beziehung auf diese, dem Cameralinteresse so wichtige Frage den Richtern die möglichste Unbefangenheit zu lassen. Das in den Lückenbüßern einiger Zeitungen so herausgehobene: sibi ius dicere, ist also hier sorgfältig vermieden worden. Wie aber auch das Oberappellationsgericht, so viel es der menschlichen Schwäche vergönnt ist, sich selbst über die kleinern Rücksichten der Privatverhältnisse erhaben zu halten sucht, und die ihm gewährte Unabhängigkeit von höherm Einflusse zu handhaben versteht, mag aus nachstehendem Hergange ermessen werden.

Bald nach Herstellung der braunschweigischen Regierung, im Jul. 1814, erging ein herzogliches Rescript an das Cammercollegium, wodurch dieser Behörde befohlen ward, alles während der feindlichen Occupation veräußerte Staats- und Stiftungsgut sofort, und ohne durch Widerspruch sich abhalten zu lassen, in Besitz zu nehmen, dem Inhaber aber nachzulassen, sein etwa angesprochenes Recht in petitorio gerichtlich auszumachen. Das Cammercollegium theilte dieses Rescript den Gerichten erster Instanz zur Nachricht und Nachachtung mit, und brachte es in Vollziehung. Sowol die Untergerichte, wie das Mittelgericht betrachteten das Rescript als ein Gesetz, und ver-

warfen auf dem Grunde desselben alle possessorischen Rechtsmittel der Inhaber von Gütern der erwähnten Art. Nicht so das Oberappellationsgericht. Dieses sprach in allen, über diesen Punkt an dasselbe gebrachten Sachen wider das Cammercollegium, und erklärte jenes Rescript für eine bloß administrative Verfügung, und von dem Richter, gleich jeder Cabinetsjustiz, arg. L. Novellae 113. nicht zu beachten. Die Regierung aber setzte der Vollziehung dieses Ausspruches überall kein Hinderniß entgegen, und äußerte sich über diese Entscheidung nicht einmal indirecter Weise; so daß selbst dem etwa schwachen Richter keine Fessel für die Zukunft durch Mißbilligung eines solchen Vorschrittes angelegt worden ist.

Wolfenbüttel, im März 1818.

Der Verfasser.

Inhalt.

I. Ueber die Rechtsgültigkeit der zur Zeit des Königreichs Westfalen vorgenommenen Veräusserungen des Staatsguts, und dem Rechte der nach dessen Auflösung wieder hergestellten Regierungen, die veräußerten Güter zurückzufordern S. 1—22
§. 1. Entwickelung der, einer richterlichen Entscheidung über diese Frage unterzulegenden Rechtsgrundsätze S. 2
2 Rechtsfälle und Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts zu Wolfenbüttel S. 11
II. In wiefern begründet die, zur Zeit des Königreichs Westfalen geschehene Ablösung dinglicher, dem Staatsgute zukommender Leistungen eine Klage auf Schutz im jüngsten Besitze gegen die Cammern der hergestellten Staaten? Rechtsfall S. 23—32
III. Von der den Wechseln nach herzoglich Braunschweigschem Wechselrechte beigelegten stillschweigenden Hypothek und ihrer Wirkung, besonders in Beziehung auf städtische Grundstücke. Rechtsfall S. 33—46
IV. In wiefern kann der Nießbraucher eines Grundstücks eine Servitut einklagen? L. un. §. 4. de remissionibus. (XLIII, 25.) S. 47—57
§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Berechtigung zur Einklagung von Dienstbarkeiten S. 47
2. Ausnahme beim Usufructuar. Scheinbarer Widerspruch zwischen L. I. pr. et L. 5. §. 1. D. Si ususfr. petàtur, (VII, 6.) u. L. un. §. 4. D. de remission. (XLIII, 25.) S. 49
3. Entwickelung der Grundsätze von dem Auftrage, welchen das Gesetz statt des Eigenthümers dem Usufructuar ertheilt hat S. 50
4. Legitimation zur Sache des klagenden Nießbrauchers S. 53
5. Veränderung der dem Nießbrauche unterworfenen Sache S. 54
6. Ob der Eigenthümer den gesetzlich dem Usufructuar beigelegten Auftrag zurücknehmen kann? S. 56
7. Rechtsfall S. —
V. Entsagung rechtlicher Zuständigkeiten von der Rechte unkundigen Personen, besonders Weibern S. 58—66
§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Verzichtleistung; S. 58
2. Besonders in Beziehung auf Frauenspersonen S. 60
3. Nothwendigkeit einer vorhergehenden Bekanntmachung, certioratio: S. 61
4. durch die Grundsätze von der Unkunde des Rechts näher bestimmt. L. 2. C. de iuris et facti ignorantia (I, 18.) S. 61
5. Resultat S. 64
6. Rechtsfall S. 65
VI. Verschickung der Akten bei den gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichten. Deutsche Bundesacte, Art. 12. S. 67—70

VII. Von der Wirkung der Einrede mehrerer Stupratoren gegen die Alimentenklage aus einem außerehelichen Beischlafe. Entscheidungen des Wolfenbüttelschen höchsten Gerichts S. 71 — 73
VIII Ueber die Rückforderung des sechsten Zinsthalers, zumal in Fällen, wo die Verzinsung unter der Herrschaft der königlich westfälischen Gesetzgebung bedungen und geschehen ist S. 74 — 81
§ 1. Französisches und im Königreiche Westfalen bestandenes Recht über den Zinsfuß S. 74
2. Gemeinrechtliche Grundsätze, besonders in den Ländern des ehemaligen niedersächsischen Kreises S. 76
3. Rechtsfall und Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Wolfenbüttel S. 78
IX. Beitrag zur Lehre von vergeltenden Schenkungen S. 82 — 91
§. 1. Ueber den Unterschied zwischen gewöhnlichen und vergeltenden Schenkungen überhaupt. S. 82
2. Besonders in Beziehung auf den Uebergang des Eigenthums durch Uebergabe S. 84
3. auf die Personen, welche solche Schenkungen vornehmen dürfen, und Widerruf wegen Undankbarkeit S. 85
4. auf die Nothwendigkeit der Eintragung in die Gerichtsakten S. 86
5. auf Verzugszinsen S. 87
6. Rechtswohlthat der Competenz S. 88
7. Evictionsleistung S. 89
8. Widerruf wegen Irrthums S. —
9. Beweis der Wohlthaten, deren Vergeltung bezweckt worden S. 90
X. Beiträge zur Lehre vom Oralfideicommisse S. 92 — 101
§. 1. Ueber die Verpflichtung des abwesenden Erben aus einem, gegen seinen Miterben gemachten Oralfideicommisse S. 92
2. Verbindlichkeit desjenigen, welchem unter mehrern Erben die Aeußerung gemacht ist, welche ein Fideicommiß in Beziehung auf die ganze Erbschaft, oder ein einem andern Erben hinterlassenes Erbstück enthält S. 96
3. Beweis des Oralfideicommisses. L. 25. D. de rebus dubiis. (XXXIV, 5.) S. 99
XI. Bewirkt die Verletzung der für die Versteigerungen verordneten Förmlichkeiten, daß der Käufer als Besitzer im bösen Glauben zu beurtheilen ist, wenn der Kauf wegen Nichtigkeit ungültig erklärt wird? L. 1. C. de fide et iure hastae fiscalis. (X, 3.) S. 102 — 108
§. 1. Erörterung der Frage nach den allgemeinen Grundsätzen des röm. Rechts S. 102
2. L. 1. C. de fide et iure hastae fiscalis (X, 3.) S. 104
3. Rechtsfall S. 107

XII. Beitrag zu der Lehre von der Erlöschung der Dienstbarkeiten durch Consolidation. L. 17. D. Quibus modis ususfructus etc. (VII, 4.) und L. 57. pr. D. de usufructu (VII, 1.) S. 109—115

XIII. Ueber die Rückforderung einer Schuld, deren Erlaß vermacht (legatum liberationis), welche jedoch vor Eröffnung des Testaments zurückgezahlt ist. L. 26. §. 7. D. de condictione indebiti (XII, 6.) und L. 24. D. de Liberatione legata (XXXIV, 3.) S. 116—122

XIV. Von der Aufhebung eines elterlichen Testaments durch einen spätern letzten Willen, oder Widerruf. Nov. 107. cap. 2. S. 123—129

XV. Ist der Großvater verbunden, die außerehlichen Kinder seines Sohns zu ernähren? L. 7. D. de agnoscendis vel alendis liberis (XXV, 3.) S. 130—137

XVI. Form der Schenkung von Todesweges. L. ult. C. de donat. causa mortis (VIII, 57.). Beweis, daß die Errichtung derselben vor fünf Zeugen keine unerläßliche Förmlichkeit ausmache S. 138—144

XVII. Vom Remedio L. ult. C de edicto Divi Hadriani tollendo (VI, 33.), und ob dasselbe einem Universalfideicommissar, zumal auf dem Grunde eines Codicills zustehe? S. 145—152

§. 1. Geschichtliche Einleitung S. 145

2. Justinians Gesetzgebung in L. ult. C. cit. S. 147

3. Ausdehnende Anwendung des gedachten Rechtsmittels, u. dessen Unzulässigkeit in Ansehung eines Universalfideic. S. 148

XVIII. Unter welchen Umständen ist anzunehmen, daß der Gläubiger einen ihm zustehenden Solidaranspruch unter den correaliter verpflichteten Schuldnern getheilt, und sich des Rechts, jeden auf das Ganze zu belangen, begeben habe? L. 8. §. 1. D. de Legatis I. (XXX.) u. L. 18. C. de pactis (II, 3.) S. 153—163

§. 1. Allgemeine Grundsätze vom iure eligendi et variandi S. 153

2. Erklärung der L. 8. §. 1. D. de Legatis (XXX.) S. 156

3. Entsagung des aus der Correalverbindlichkeit dem Gläubiger erwachsenden Rechts, S. 157

4. Factisch durch Theilung des Klagrechts erklärt. L. 51. §. 4. D. de fidejuss. (XVI, 1.), u. L. 16. C. eod. (VIII, 41.) S. 158

§. 5. In wiefern der, pro rata belangte Schuldner der Correalverpflichtung entlassen anzunehmen ist. L. 18. C. de pactis (II, 3.) S. 161

XIX. In wiefern kommt der, gegen einen Correalschuldner erklärte Schulderlaß dem Andern zu Stat-

ten? L. 21. pr. D. de pactis (II, 14.) S. 164—176
§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Correalverbindlichkeit und deren Aufhebung S. 164
2. Besonders durch Schulderlaß S. 167
3. Vermutheter Erlaß S. 169
4. Ausnahme, wegen der Regreßklage des andern Schuldners S. 170
5. Beschränkung dieser Ausnahme. Ob sie wegen des Rechts auf Klagenabtretung Statt finde? L. 2. C. de duobus reis. (VIII, 40.) S. 171
6. Ob wegen des beneficii divisionis? S. 174
7. Fall, wo für die Mitschuldner contrahirt worden. S. 176

XX. In wiefern haftet der Bürge für die vom Schuldner verwirkten Verzugszinsen, Geldstrafen, Prozeßkosten u. dgl.? S. 177—187
§. 1. Allgemeine Grundsätze vom Umfange und der Auslegung des Bürgschaftsvertrages S. 177
2. Anwendung derselben auf die aufgeworfene Frage, S. 179
3. näher begründet durch das röm. Recht. L. 24. §. de usuris (XXII, 1.) u. L. 88. pr. D. de verb. oblig. (XLV, 1.) S. 180
4. Argument von der Wirkung der einer Bürgschaft beigefügten Beschränkungen S. 183
5. Ungrund des Unterschieds zwischen einer simpliciter u. in omnem causam eingegangenen Bürgschaft S. 184
6. L. 2. pr. D. Quod legatorum (XLIII, 3.), L. 56. §. 2. D. de fidejussor. (XLVI, 6.) und L. 1. §. 13. D. ut legat. et fideic. serv. (XXXVI, 3.) S. 185
7. L. 8. D. de eo, quod certo loco (XIII, 4.) Resultat S. 186

XXI. Von der Vermuthung geschehener Zahlung, bes. in Beziehung auf L. 3. C. de apochis publicis (X, 22.) u. L. 26. D. de probationibus (XXII, 3.) S. 188—199
§. 1. Allgemeine Grundsätze vom Beweise der Zahlung S. 188
2. Rechtsvermuthungen: I. Rückgabe des Schuldscheins; zu unterscheiden vom bloßen Besitz desselben an Seiten des Schuldners, u. vom Vermächtniß desselb. an den Schuldner S. 189
3. II. Cancellatio chirographi S. 191
4. III. Vermuthung aus L. 3. C. de apochis publicis (X, 22.) Ob Quittungen über drei Termine, ohne Rücksicht auf deren Dauer genügen? S. 192
5. Ob diese Vermuthung nur aus Empfangscheinen hervorgehe, oder auch durch andre Beweismittel über die Abführung der letzten Termine begründet werde? S. 195
6. Das Argument aus L. 26. D. de probat. (XXII, 3.) S. 196

XXII. Berechnung der Appellationssumme in Streitigkeiten über die Gültigkeit eines auf Gegenleistung beruhenden Erwerbes, als eines Tausches, Kaufs oder eines Pachtvertrages S. 200—207
§. 1. Darstellung der Gesetzgebung S. 200
2. Ausführ. der Frage, in Bezieh. auf einen Kauf u. Tausch S. 202
3. in Beziehung auf Mieth- und Pachtverträge S. 204
4. Zwei Entscheidungen d. Oberappellationsger. in Wolfenb. S. 205

I.

Ueber die Rechtsgültigkeit der zur Zeit des Königreichs Westfalen vorgenommenen Veräußerungen des Staatsguts, und dem Rechte der nach dessen Auflösung wieder hergestellten Regierungen, diese Veräußerungen aufzurufen.

Wenige Rechtsfragen haben eine so allgemeine Theilnahme erweckt, wenige so viele Köpfe und Federn in Bewegung gesetzt, als diejenige, welche seit einiger Zeit durch die Stellung veranlaßt wird, worin die Erwerber des von der westfälischen Regierung veräußerten Staatsguts gegen die wieder hergestellten Regierungen sich befinden. So groß aber auch die Zahl der in Tageblättern und Gelegenheitsschriften enthaltenen Erörterungen dieses Gegenstandes ist; so wird die fol=

gende Ausführung nicht für überflüßg erachtet werden können, da sie aus einer von jedem Interesse freien Stimmung hervorgeht, wenn die mehrsten der andern Bearbeitungen theils wirkliche Parteischriften sind, theils einer mitleidigen Theilnahme an dem Schicksale so vieler bedroheten Familien entsprungen zu seyn scheinen, theils endlich unglücklichen Rückwirkungen entgegen zu streben bezwecken, den gewöhnlichen Folgen der Staatsumwälzungen.

1. Die aufgeworfene Frage ist dem Privatrechte fremd, und kann nur nach den Grundsätzen des allgemeinen Staats- und Völkerrechts entschieden werden. Indem man diese Entscheidungsquellen mit der Benennung eines Rechts belegt, ist man darüber einverstanden, daß unter Völkern gegeneinander, und in Beziehung auf die Bildung, die Dauer und die Regierung der Staaten Verhältnisse bestehen und angenommen werden müssen, die nicht einzig in einem factischen Zustande beruhen, nicht ausschließlich durch das Uebergewicht der Macht begründet werden können. Weil es außer dem Staate kein Gesetz giebt, können solche Rechtsverhältnisse allein aus Verträgen hervorgehen und, einmal bestehend, nur durch andre Verträge oder überhaupt diejenigen Thatsachen aufgehoben werden, welche nach dem Naturrechte die vertragsmäßige Verbindlichkeit lösen. Dieser Grundsatz findet sich denn auch als die Basis des Völker- und allgemeinen Staatsrechts anerkannt. Die Bildung des Staats, und die Bestimmung des Verhältnisses der Regierung zu den Bürgern desselben wird aus einem ausdrücklichen,

oder stillschweigend eingegangenen Vertrage abgeleitet; die Befugnisse der Völker gegeneinander werden durch Staatsverträge festgestellt; ja die Auflösung jedes rechtlichen Verhältnisses unter Staaten, der Krieg, findet sich in seinen Folgen, wie in seiner Dauer durch den Friedensschluß begrenzt und bedingt.

Nicht in den Systemen der Schriftsteller allein herrscht diese Ansicht [1]; sie ist auch in die völkerrechtliche Praxis übergegangen, und namentlich auf die Veränderung und die Auflösung der Staaten durch eine auswärtige Macht immer angewendet, und stets angenommen worden, daß ohne Friedensschluß kein rechtlicher Zustand begründet werden könne, der Krieg aber nur die Verhältnisse factisch zu verändern, nicht aber in rechtlicher Hinsicht anders zu bestimmen geeigenschaftet sey. Wie bei bloßen Eroberungen eines Staates über den Andern, so gilt dasselbe gleichfalls bei der völligen Auflösung der Staaten durch Unterjochung. Nie hat der Sieger und Eroberer unterlassen, einen Frieden zu schließen und selbst dann, wo ferner Widerstand unmöglich geworden war, der Krieg also von selbst aufgehört hatte, seinen Eroberungen durch denselben die Sanction des Rechts zu verschaffen, welche denn bei einer völligen Auflösung eines Staats, zwar nicht durch einen unmöglich geworde-

---

[1]) *Pufendorf*, Ius nat. et gent. L. IV, cap. 6. §. 12. sq. *de Martens*, Précis du droit des gens. (2. Ausg.) §. 282. Meister, Lehrb. d. Nat.= und Völk.=Rechts, §. 661.

nen Friedensschluß mit demselben, wol aber durch einen, zugleich das bis dahin bestandene Band zwischen dem Regenten und den Unterthanen lösenden Vertrag mit dem bisherigen Fürsten, und die Huldigung der Staatsbürger, verbunden mit der Zustimmung der andern Staaten bewirkt worden ist[2]).

Einzelne Abweichungen von dieser Praxis würden den Grundsatz selbst nicht aufheben, und bei einer rechtlichen Beurtheilung darf man sich von demselben nicht etwa deshalb entfernen, weil vielleicht einmal die rohe Gewalt über die Bestimmungen des Völkerrechts sich hinweggesetzt, der Unterdrückte aber ohne Beistand gelassen, sein Recht nicht hat gelten machen können.

Auf gleiche Weise ist das Band zwischen Fürsten und Volk immer auf den Begriff eines Vertrages zurückgeführt und in seinen verschiedenen Beziehungen hiernach beurtheilt worden. Einseitige Willensäußerungen des Volks vermögen daher dieses Verhältniß in Hinsicht des Rechts weder zu lösen, noch in seinen

---

[2]) Z. B. Die letzte Theilung von Polen; die Uebergabe des Malteser Staats; die Vereinigung Lothringen's mit Frankreich, welche längst unter Widerspruch des Herzogs geschehen war, dennoch erst durch den Tausch gegen Toscana einen rechtlichen Bestand gewann; endlich die italischen Republiken, und die deutschen geistlichen Staaten, wo Huldigung und Annahme von Jahrgeldern an Seiten der geistlichen Regenten und ihrer Capitel den Beitritt zu der unter den andern Staaten über ihre Auflösung getroffenen Uebereinkunft ausdrückten.

Bestimmungen zu verändern, und nur wo die Handlungen des Fürsten eine Dereliction ausdrücken, würde die Erklärung des Volks über die Auflösung des bisherigen Staatsverbandes, aber als Annahme der stillschweigenden Willensäußerung des Fürsten, und also wiederum durch den Vertrag eines gegenseitigen Dissensus, rechtlichen Bestand haben[3]). Nie hat man daher den bloßen Huldigungen, welche einem Eroberer geschehen seyn mochten, die Wirkung eines Staatsvertrages beigelegt, wodurch ein Rechtsverhältniß zwischen dem Eroberer und dem Volke des besiegten Staates begründet werden könnte. Dergleichen Handlungen sind vielmehr einzig als die Folge des Zwanges, und als vorübergehende Maßregeln angesehen worden, um so unwirksamer in Beziehung auf die Befugnisse des rechtmäßigen Fürsten, wenn die Rechte des Volkes nach der Verfassung auf eine Mitwirkung bei der innern Verwaltung beschränkt sind, dasselbe mithin in Beziehung auf die Verhältnisse zu

---

[3]) Dieser Fall trat bekanntlich in Ansehung des Hauses Stuart ein, indem Jakob der zweite heimlich Heer nnd Hauptstadt verließ, ohne wegen Besorgung der Regierungsgeschäfte irgend eine Vorkehrung getroffen zu haben, ja sogar die Staatssiegel in die Themse warf; worauf das brittische Volk den 22. Jan. 1689 den Thron für erledigt erklärte: weil der König, nachdem er den Staatsvertrag zwischen ihm und dem Volke gebrochen, das Reich verlassen und der Herrschaft damit entsagt habe. *Hume*, history of England, c. 71.

andern Staaten die Staatsgewalt gänzlich dem Fürsten übertragen hat.

Geht man von diesem Grundsatze aus, so kann weder die Dauer des factischen Zwischenzustandes, noch eine ausdrückliche Genehmigung desselben von Seiten andrer Staaten eine rechtliche Auflösung des Staatsverbandes bewirken*). Diese letzte ist vielmehr in Beziehung auf den rechtmäßigen Fürsten ein inter alios actum, und ihrer Natur nach nur geeignet, die Zustimmung eines fremden Staates in Ansehung der Verhältnisse auszudrücken, welche für ihn selbst aus jener veränderten Lage des andern Staates hervorgehen.

Findet sich der Fürst durch die Ereignisse des Krieges genöthigt den Staat zu verlassen, und tritt eine vollständige Occupation desselben durch die feindliche Macht ein; so hat dieses allein keinen Einfluß auf das Rechtsverhältniß des Staates und dessen Bestand. Der Kriegszustand selbst muß als fortdauernd

---

*) Selbst die lange Usurpation Cromwell's, über 10 Jahre hindurch von der Nation unter ausdrücklicher und stillschweigender Zustimmung, auch von den größten Mächten Europens durch Staatsverträge und dilpomatischen Verkehr anerkannt, ward nachmals sowenig irgend ein Recht zu begründen fähig erachtet, daß es nöthig gehalten wurde, sämmtliche Regierungshandlungen dieser Zeit förmlich durch König und Parlament bestätigen zu lassen. *Hume's* history of Engl. c. 63.

betrachtet werden, wenn gleich der Kampf unterbrochen wird, oder vorerst gänzlich ruhet; am wenigsten kann aus der Richtung des Streits und der Art, wie derselbe geführt wird, dem Volke das Recht erwachsen, das Band des Staats als aufgelöset zu behandeln. Denn dem Fürsten ist die Leitung des Krieges überlassen, und wenn derselbe die Obliegenheit hat, den Staat zu schützen, so hat er sie nur in Verbindung mit allen, zu dessen Vertheidigung gleichmäßig verpflichteten Staatsbürgern und ohne daß sein Recht auf die Regierung des Staats von dem Ausgange seiner Bemühungen abhängig wäre. Füget sich also der Fürst dem Drange der Ereignisse, glaubt er für den Augenblick weichen, und einen günstigern Zeitpunkt erwarten zu müssen, so liegt darin eine Dereliction seines Fürstenrechts um so weniger, als eine solche Handlungsweise oft das wirksamste Mittel ist, den Staat aufrecht zu erhalten.

Allein es kann ohne Regierung der Staat nicht bestehen, und indem der Fürst in Beziehung auf dieselbe nicht nur ein Recht, sondern auch eine Verbindlichkeit hat, also für ihre ununterbrochene Verwaltung Sorge zu tragen gehalten ist; so geht hieraus, bei einer unwillkührlichen Entfernung des Fürsten, und insoweit über die Staatsverwaltung keine Verfügung getroffen ist, oder befolgt werden kann, des Fürsten stillschweigender Auftrag für die Staatsbürger hervor, bis zu seiner Rückkehr die Regierung verwalten zu lassen, und deshalb mit dem Eroberer

die nöthige Auskunft zu treffen[5]). Es begründet dieses, außer dem factischen Besitze und dem vermöge des Kriegesrechts zustehenden Genusse, für den Eroberer noch ein Recht auf die Verwaltung des unterjochten Staats, und zwar in der Maße, daß er in Beziehung auf den vertriebenen Fürsten bald als dessen Geschäftsführer (negotiorum gestor), bald als substituirter Bevollmächtigter angesehen werden muß; je nachdem er mit dem Volke des eroberten Staates in gewisse, die Regierungsverwaltung betreffende Verbindungen, z. B. durch Huldigung oder die Einführung einer Staatsverfassung, getreten ist, oder das Land nur in Occupation hält, und als Staatsvorstand handelt. Der Umfang dieses Verwaltungsrechts, so weit nemlich nicht von dem aus der Uebermacht hervorgehenden Vermögen, sondern von einem wirklichen Rechte die Rede ist, was selbst den vertriebenen Fürsten bei seiner Herstellung bindet, wird durch eben die Verhältnisse begrenzt, welche hier einen still-

[5]) Als nach der unglücklichen Schlacht bei Auerstädt und Jena der tödlich verwundete Herzog Carl Wilhelm Ferdinand von Braunschweig sein Land verlassen mußte, ließ er namentlich die Mitglieder der Justizkanzlei zu Wolfenbüttel durch den Minister von Wolfradt mündlich auffordern und anweisen, in der Ausübung des Richteramts sich möglichst zu erhalten und darin auszudauern, welchen Gang auch die Ereignisse nehmen möchten, damit wenigstens dieser Zweig der Staatsverwaltung in den Händen von Männern bleiben möge, die er seines Vertrauens werth befunden hätte.

schweigenden Auftrag, eine aus den Umständen gefolgerte Einwilligung des Fürsten annehmen lassen. So weit eine Nothwendigkeit aus der Sache hervorgeht, eben so weit geht, wie die stillschweigende Zustimmung des Fürsten, so des Eroberers Recht; und die Verbindung, welche dieser mit dem Volke eingegangen seyn mag, selbst ein Grundvertrag über eine neue Staatsverfassung kann sein Recht in Beziehung auf den rechtmäßigen Fürsten nicht erweitern, da das noch nicht aufgelösete Band zwischen diesem und dem Volke den alten Staatsverein dem Rechte nach noch bestehen läßt, das Volk also hindert, einseitig denselben zu lösen. Solche Verbindungen des Volks mit dem Eroberer sind überdem nicht einmal geeignet, über die Zeit der feindlichen Occupation hinaus dauernde Verpflichtungen zwischen beiden contrahirenden Theilen zu begründen; weil sie unter Umständen geschlossen werden, welche ihnen den Charakter einer vorübergehenden Maßregel, oder eines unter einer auflösenden Bedingung eingegangenen Vertrages beilegen, und daher den Staatsbürgern keinen Vorwurf von ihrem Fürsten zuziehen können, dessen vorgedachter stillschweigender Auftrag selbst dergleichen, als eine Form der nöthig gewordenen Auskunft, mit umfaßte.

Die Handlungen des Eroberers sind also für den eroberten Staat und dessen Fürsten so weit verbindlich, als sie sich auf die Staatsverwaltung im engsten Sinne des Worts beschränken, nämlich die nöthige Fortsetzung der Regierung und die Erhaltung

des Staats und seines Grundvermögens zum Gegenstande haben. Hingegen liegen Veräußerungen, welche das Capital des Staatsguts betreffen, außerhalb der Grenzen dieses Rechts, und wo sie vorgefallen sind, unterliegen sie den Grundsätzen vom postliminio[6]).

Bei denjenigen Staaten, welche ohne mit ihren Fürsten darüber zu paciscieren dem ephemeren Königreiche Westfalen einverleibt gewesen sind, traten nach dessen Auflösung die hier entwickelten Grundsätze ohne Einschränkung ein, da die Umstände keine besondern Verhältnisse herbeigeführt haben, die Abweichungen davon bewirken könnten. Der Friede zu Tilsit unterscheidet sich in keinem Punkte in Beziehung auf diese Länder von den Verhandlungen fremder Personen und ist in seinen Wirkungen für die gedachten Staaten schon oben gewürdigt worden. Von der hierauf erfolgten allgemeinen Anordnung des Königreichs Westfalen durch die Mächte des festen Landes gilt dasselbe; und wenn diese Umstände den Staatsbürgern die Ueberzeugung gaben, dem Könige Huldigung und Dienste ohne Vorwurf leisten zu können; so bieten sie nur einen neuen Grund dar, woraus die Nothwendigkeit einer Staatsform während der

[6]) Das ius postliminii tritt hier ein, nicht weil es im corpore iuris sich findet, sondern weil es den Grundsätzen des Vernunftrechts angemessen ist. *de Martens*, Précis du droit des gens. (2. Edit.) §. 283.

vorübergehenden Zeit der Occupation folgte. Dem nur factisch aufgelöseten, rechtlich noch bestehenden Staate konnte auf diesem Wege nichts vergeben werden. Selbst dem entscheidenden Erfolge der Waffen derjenigen Mächte, welche zuvor das Königreich Westfalen anerkannt gehabt hatten, kann eine solche Wirkung nicht beigelegt werden; denn mit den Staaten der erlauchten Fürsten-Häuser Braunschweig-Lüneburg und Hessen-Cassel, welche rechtlich noch bestanden, führten dieselben keinen Krieg und konnten solche daher nicht erobern; ja sie gestatteten, daß die vertriebenen Fürsten ihre Staaten Kraft ererbten Rechts wieder in Besitz nahmen, ohne irgend eine Bedingung in Beziehung auf die Verhältnisse hinzuzufügen, welche aus der Errichtung des Königreichs Westfalen hervorgegangen seyn mochten, uud begaben sich also jeder Befugniß, die der jenen Fürsten geleistete Beistand ihnen in solcher Hinsicht hätte geben können. Es trat hier der Grundsatz der Legitimität, Achtung des bestehenden Rechts, allein in Anwendung; keinesweges aber war von einer neuen Begründung des Staatsverbandes, am wenigsten als wie durch eine Verleihung von Seiten jener Mächte die Rede.

---

2. Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel hat verschiedentlich Veranlassung gehabt, über die hier erörterte Streitfrage zu entscheiden. Dieser Ausspruch wird der vorstehenden Untersuchung um

so mehr zur Erläuterung dienen können, da der Gerichtshof bei dieser Beurtheilung einen völlig freien Spielraum gehabt hat; denn im Herzogthume Braunschweig, woher die Appellation erhoben war, war damals über diesen Gegenstand kein Gesetz gegeben, vielmehr hatte die herzogliche Regierung die Rechtsgültigkeit der erwähnten Veräußerungen gänzlich vom richterlichen Erkenntnisse abhängig gemacht.

Zwei Rechtsfälle verdienen hier angeführt zu werden.

Der erste betraf gewisse Capitalien, welche vom Stifte Gandersheim gegen Verpfändung eines im Herzogthume Braunschweig belegenen Guts im Jahre 1792 ausgeliehen waren. Die Verfallzeit der Verschreibung fiel in das Jahr 1810 und der Schuldner erhielt damals vom westfälischen Director der geistlichen Güter eine Prolongation bis Weihnachten 1813, und im April 1812 cedirte der Intendant des königlichen Hauses, Kraft eines königl. westfälischen Decrets, sämmtliche Capitalien einem dritten Acquirenten, welcher sie bald andern Personen käuflich überließ.

Nach der Herstellung der herzogl. Regierung impetrirte die herzogl. Cammer einen Arrest auf diese Capitalien, indem sie dieselben, als durch den Reichsdeputationsschluß von 1803, Art. 4. nebst den gesammten Gütern der damals säcularisirten Abtei Gandersheim dem Herzogthume als Entschädigung überwiesen, in Anspruch nahm. Hierdurch ward der Rechtsstreit eröffnet, worin die Beklagten besonders der Klägerin Legitimation zur Sache durch Einreden

bestritten, weil der Herzog von dem, aus dem Deputationsschlusse ihm erwachsenen Rechte keinen Gebrauch gemacht, die streitigen Capitalien also nicht erworben habe, dieses vielmehr erst von dem Könige von Westfalen geschehen sey, welcher also freie Verfügung darüber gehabt habe. In Ansehung der Hauptsache wurden die bekannten Gründe für und wider ausgeführt, und überdem noch die versio in rem geltend gemacht, indem Beklagte behaupteten, es sey dieselbe aus dem Umstande klar, daß die streitigen Capitalien vom Könige von Westfalen veräußert wären, welchem die Verwaltung des Staatsvermögens zugestanden habe. Da in erster und zweiter Instanz das Eigenthum der streitigen Capitalien der herzogl. Cammer zugesprochen waren, so bestätigte das Oberappellationsgericht diesen Ausspruch im September 1817, indem es jedoch den Beklagten vorbehielt, „einen Anspruch wegen nützlicher Verwendung der für das streitige Capital gezahlten Gelder, wenn sie solchen gegen Klägerin ausführen zu können vermeinen sollten, in einem besondern Rechtsstreite klagbar zu machen.“ Dieses Erkenntniß enthält folgende Entscheidungsgründe.

»In der Hauptsache geht der Klägerin Legitima»tion aus dem Reichsdeputationsschlusse von 1803 her»vor; welcher nicht nur im §. 4. das gesammte Ver»mögen des Stifts Gandersheim dem Herzoge von »Braunschweig überwiesen, sondern sogar den Civil»besitz unabhängig von einer Besitzergreifung sofort »und in der Maaße übertragen hat, daß das Stifts-

»personal von dem Zeitpunkte an nur als Nutznießer »zu betrachten gewesen ist. — S. daselbst §. 43, 44 »und 54. — Ward hiernach das Eigenthum der »Stiftsgüter und Capitalien unmittelbar und ohne »weitere Erklärung erworben; so konnte der fortge= »setzte Bestand des Stifts nur auf die davon unab= »hängigen Genußrechte der Präbendarien bezogen wer= »den. Daß aber das Stiftsvermögen zum Staats= »gute des Herzogthums Braunschweig geschlagen, und »nicht der Person dessen Fürsten ertheilt worden ist, »folgt aus der Natur einer damit bezweckten Entschä= »digung für dem Staate zuständig gewesene und ent= »zogene Gerechtsame.«

»Dieses war das Verhältniß der Sache, als die »Ereignisse eintraten, welche das herzogliche Haus »Braunschweig genöthigt haben, das Vaterland auf »eine geraume Zeit zu verlassen, und es ist solches »bei der Herstellung der herzoglichen Regierung inso= »weit noch unverrückt befunden worden, daß die Ca= »pitalforderung, welche den Gegenstand dieses Rechts= »streits ausmacht, noch nicht durch Zahlung getilgt, »also noch vorhanden ist.«

»Die Cession dieser Foderung von Seiten der Di= »rection des königl. westfäl. Kronschatzes, worin Be= »klagte ihr Recht gründen, kann der Klägerin nicht »entgegengesetzt werden. Denn die Verbindung des »Herzogthums Braunschweigs mit dem Königreiche »Westfalen und deren Folgen, obwol sie aus dem »Rechte der Eroberung von Seiten des damaligen »Herrschers, und aus einer unvermeidlichen Nothwen=

»digkeit von Seiten der Unterthanen hervorgingen, »und durch Eingehung eines wirklichen Staatsvereins »von einer vorübergehenden Occupation sich unter»schieden, können für das herzogl. Haus keine Ver»bindlichkeiten hervorbringen, als insoweit sie sich auf »Handlungen der Staatsverwaltung, wohin Veräu»ßerungen des Grund- und Capitalvermögens des »Staats nicht zu rechnen sind, beziehen. Es ist nem»lich der Kriegszustand von Seiten des besagten Für»stenhauses bis zu dessen Herstellung fortgesetzt wor»den, indem es keinen Frieden mit seinem Feinde »geschlossen und theils selbst thätig an dem Kampfe »Theil genommen hat, theils darin von der Krone »Großbrittannien vertreten ist, welche vielfältig »den Krieg auch um die deutschen Staaten des kö»niglichen Hauses, mit denen die Agnatenrechte auf »das Herzogthum verbunden sind, zu führen erklärt »hat. Die Verträge andrer Staaten über die Errich»tung und den Bestand des Königreichs Westfalen »haben aber als Verhandlungen dritter Personen auf »die Rechte des herzogl. Hauses keinen Einfluß; sie »bezogen sich einzig auf die äußern Verhältnisse der »Staaten gegeneinander, und da überdem dessen Her»stellung unbedingt auf dem Grunde dieser Rechte, »unter Einstimmung der Staatsbürger und der euro»päischen Hauptmächte statt gefunden hat, ist die Re»gierung des Königreichs Westfalen in Ansehung sei»ner nur als die eines Eroberers zu betrachten.«

»So wie das dem Eroberer zukommende Verwal»tungsrecht Veräußerungen des Stammvermögens des

»Staats an sich nicht einschließt; so ist die von Be»klagten angeführte Erwerbung des Capitals auch »nicht als aus einem Zwange hervorgegangen zu be»trachten und in solcher Hinsicht gegenwärtig zu wür»digen, da dem Schuldner von der damaligen Re»gierung nicht gekündigt, vielmehr eine Prolongation »gewährt worden ist, die Cession also nicht als eine »bloße Ueberweisung der Priorität an denjenigen er»scheint, welcher dem Schuldner ein neues Darlehn »zur Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers ge»geben hat.«

»Ohnehin würde der gedachten Cession selbst nach »westfälischen Rechten entgegen stehen, daß das Capi»tal ein Stiftsgut ausmachte und nach dessen Einzie»hung zu den Staatsdomänen, keinesweges aber zu »den Capitalien der vertriebenen Fürsten gehörte, »worüber der von Beklagten angezogene berliner Ver»trag verfügt hatte; und daß also dessen Veräuße»rung zum Besten des von der Staatscasse verfas»sungsmäßig gesonderten Kronschatzes unstatthaft er»achtet werden müsse; wie denn auch dieser Umstand »die Vermuthung für eine Verwaltungsmaßregel »ausschließt.«

»Die von Beklagten behauptete nützliche Verwen»dung ist in diesem Rechtsstreite nicht zu berücksichti»gen. Denn indem derselbe über das Eigenthum ei»ner noch bestehenden Forderung an einem dritten ge»führt wird, kann die Klage durch die Einrede der »nützlichen Verwendung der von Beklagten für deren »Cession gezahlten Gelder nicht beseitigt werden; zu-

»mal diese Verwendung nicht auf den Belauf der For»derung, sondern den der dafür von Beklagtem er»legten Gelder bezogen werden könnte, und also auch »der Summe nach eben so von dem Gegenstande der »Klage sich unterscheidet. Da überdem diese Behaup»tung in der ersten Vernehmlassung überall nicht auf»gestellt und erst in der Replik der letzten Instanz »vorgebracht ist; so ist sie verspätet, sie mag nun »als Einrede oder Widerklage betrachtet werden, und »steht also umsoweniger in diesem Rechtsstreite zu be»rücksichtigen, als sie, wie bei ihrer factischen Na»tur unerläßlich war, nicht mit der Angabe der Sum»me, worauf solche Behauptung gerichtet werden »will, noch der Weise, wie diese zum Nutzen des »Staats verwendet seyn soll, vorgetragen sich »findet.«

Der zweite Rechtsfall hat die Gültigkeit eines während der Dauer des Königreichs Westfalen geschlossenen Pachtcontracts zum Gegenstande, und unterscheidet sich von dem vorigen besonders durch eine Erörterung über den Umfang des dem Eroberer zustehenden Verwaltungsrechts.

Es hatte nemlich der Pächter eines herzogl. braunschweigschen Cammerguts, da sein Contract im Frühjahre 1813, also während der Dauer des Königreichs Westfalen zu Ende ging, mit der Direction der Domänen des damaligen Kaisers der Franzosen, wozu jenes Cammergut damals geschlagen war, einen neuen Pachtcontract auf 12 Jahr abgeschlossen; und obwol nach der Herstellung der herzogl. Regierung der

Pächter einige Zeit in solcher Pachtung gelassen war, so verfügte dennoch das Cammercollegium zu eines Dritten Vortheil darüber, und weigerte sich nicht nur den erwähnten Contract auszuhalten, sondern sogar mit jenem Pächter weiter zu unterhandeln, weil derselbe eine im Auslande belegene Pachtung seitdem bezogen hatte, und eine solche Verbindung den angenommenen Grundsätzen widerstrebte.

Der Pächter klagte daher gegen die herzogl. Cammer, daß sie den gedachten Pachtcontract für verbindlich anerkennen solle, und nachdem in der ersten und der Mittelinstanz wider Kläger entschieden war, erfolgte im October 1817 von dem Oberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel ein bestätigendes Erkenntniß. Die demselben angehängten Entscheidungsgründe sind so ausgedrückt:

„Es steht als ein unerschütterlicher Grundsatz des „Völkerrechts fest, daß kein Recht des Sieges gedacht werden kann, wenn dasselbe nicht von Seiten „der besiegten Staatsgewalt durch einen förmlichen „Friedensschluß als ein solches anerkannt worden ist. „Dieses Axiom kann dadurch nicht aufgehoben werden, „wenn die Geschichte auch Beispiele darbieten sollte, „welche beweisen, daß es verletzt worden. Gleichwie „aber der Richter verpflichtet ist, die positiven Ge„setze zur Norm seiner Entscheidung zu nehmen, wä„ren sie auch noch so oft verletzt, also bindet ihn „auch dasjenige Recht, quod naturalis ratio inter „omnes homines constituit (Tit. 2. §. 1. Inst. de „iure nat. gent. et civ.), wenn es auch, während

»es die Vernunft anerkennen muß, von den Leiden-»schaften noch so oft nicht befolgt worden.«

»Indem nun das Haus Braunschweig, sowol die »in Großbrittannien regierende, als die Wolfenbüt-»telsche Linie, nachdem auch die Besitzthümer der Letz-»ten von dem Kaiser der Franzosen erobert, und dem »Königreiche Westfalen einverleibt worden, stets in »kriegerischer Stellung eben so gegen den Ersten als »gegen das Letzte geblieben, in der Folge der Bege-»benheiten aber sein angestammtes Erbe wieder erhal-»ten; so folgt auch, daß es die stattgehabte Occu-»pation seiner Lande lediglich als eine durch keinen »Friedensvertrag sanctionirte Detention zu betrachten »berechtigt sey.«

»Diesem steht nicht entgegen, daß die Untertha-»nen des braunschweigischen Staats, während ihr »rechtmäßiger Landesfürst das Land nicht regieren »konnte, mit dem Könige von Westfalen einen neuen »Staatsvertrag eingegangen; indem aus einer Hand-»lung, welche sie, um nicht zu Grunde zu gehen, »nicht vermeiden konnten, die Rechte ihres Fürsten, »so nur factisch suspendirt, nicht aber rechtlich ver-»nichtet waren, nicht zu schmälern vermogten.«

»Diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an-»gewendet, folget, daß das Haus Braunschweig un-»verpflichtet ist, Rechte anzuerkennen, welche der »Appellant von dem Kaiser der Franzosen oder von

»den in dessen Stelle getretenen Donataren erworben »zu haben vorgiebt, insofern diese Rechte nicht ihren »Ursprung in der Verwaltungsverpflichtung haben, »welche dem Eroberer, wenn sein Besitz auch durch »keinen Frieden sauctionirt worden, oblieget, und »dessen Auflusse, des allgemeinen Bestens wegen, als »gültig zu betrachten sind.«

»Wäre hier einfacher Weise lediglich von einer »Domänenverpachtung die Rede, so möchte dieses wol »unter jene Verwaltungsacte gerechnet werden können, »und zur Beantwortung der Rechtsfragen geschritten »werden müssen: Ob die Verwaltungsacte des Ero»berers auch Wirksamkeit in diejenige Zeit hinein ha»ben könne, wo seine Gewalt schon wieder außer »Thätigkeit gesetzt war? — Ob also hier die Ver»pachtung Kraft behalten müsse für eine Periode, wo »der braunschweigische Staat wiederum hergestellt wor»den? — Oder ob vielmehr, nach der Vorschrift des »L. 9. §. 1. D. Locati conducti, mit dem Aufhören »des ususfructus auch die vom Usufructuar vorgenom»mene Verpachtung ihre Beendigung finde?«

»Diese Untersuchungen sind aber hier überflüßig: »denn die Domäne Ottenstein ist weder von dem Kai»ser der Franzosen, noch von dem Könige von West»falen verpachtet worden; vielmehr hat der Erste sie »einem seiner Generale geschenkt, und also durch Ver»äußerung dem Staatsvermögen zu entziehen gesucht. »Diese Veräußerung war nichtig, da kein Friedens»

»schluß dem Kaiser der Franzosen die Berechtigung »ertheilte, mit Bestande Rechtens über die Substanz »einer braunschweigischen Domäne zu verfügen, sol-»che Veräußerungen aber weder unter die Verwal-»tungsacte zu zählen, noch dem Usufructuar nachzu-»lassen sind. War nun diese Verfügung nichtig, so »ist solches auch der Verpachtungsact des Schenkneh-»mers der Domäne. Klar besaget aber der von dem »Appellanten producirte Pachtcontratt d. d. 3. Jul. »1812 im Art. 1, daß die Domäne Ottenstein ver-»schenkt, und zum Besten des Donatars verpachtet »worden.«

»So kann denn auch von einem gültigen Ver-»waltunsacte des Eroberers die Rede nicht seyn, in-»dem die Verwaltungshandlung nur durch die Gül-»tigkeit der geschehenen Veräußerung Kraft würde be-»kommen haben.«

»Wenn ferner Appellant vermeint: »»daß auf »»allen Fall, da der alte Contract mit April 1813 »»ablief, er das dreijährige lustrum (wie er sich »»ausdrückt) bis zum 28. April 1816 zu genießen »»gehabt haben würde;«« und eventuell darauf an-»trägt: so scheint dieser Antrag zwar durch die Art. »1774 — 1776 des Cod. Napol. gerechtfertigt zu »werden, welches Gesetzbuch Gültigkeit hatte, als »die Pachtzeit der Domäne Ottenstein beendigt »ward. Erwägt man aber, daß die stillschwei-

»gende Erneuerung eines abgelaufenen Pachtcontracts »ihre Begründung in dem präsumirten Willen der »beiden Contrahenten findet; so ist sofort klar, daß »hier, wo der Appellant durch Eingehung eines »neuen Contracts so deutlich erklärte, daß er den »alten nicht fortzusetzen gedenke, von keiner relocatio tacita die Rede seyn kann.«

II.

Inwiefern begründet die, zur Zeit des Königreichs Westfalen geschehene Ablösung dinglicher, dem Staatsgute zukommender Leistungen eine Klage auf den Schutz im jüngsten Besitze gegen die Cammern der hergestellten Staaten? Rechtsfall.

Unabhängig von der Frage, über die Rechtsbeständigkeit der, während der Dauer des Königreichs Westfalen vorgenommenen Veräußerungen von Staatsgütern [1], ist die Untersuchung der Wirkung, welche eine damals geschehene Ablösung dinglicher, dem Staatsgute ge-

---

[1]) S. die vorhergehende Abhandlung.

bührender Leistungen in Bezug auf die Klage um Schutz im gegenwärtigen Besitze gegen die landesfürstliche Cammer hat. Der Rechtsstand kann nemlich den Streit über den Besitzstand nur dann erledigen, wenn die Parteien sich auf jenen gehörig eingelassen haben, derselbe mithin vollständig erörtert ist. Dieses wird aber in Sachen der erwähnten Art nur selten der Fall seyn, da der rasche Gang des bei Streitigkeiten über den gegenwärtigen Besitz eintretenden Verfahrens solche Verhandlungen gewöhnlich ausschließt, wie sie die Aufklärung des Rechtsstandes erfordert.

Die Lehre von der Klage auf Schutz im jüngsten Besitze ist vielfach und ausführlich behandelt worden, und bedarf also keiner Entwickelung [2]). Folgende Grundsätze können hier als ausgemacht vorausgesetzt werden. Das possessorium summarium ist überall zuläßig, wo es einen Gegenstand betrifft, welcher im Verkehr und Besitze des Klägers seyn kann, und findet daher auch gegen die landesfürstliche Cammer Statt [3]) Es ist nicht

---

[2]) *J. H. Boehmer*, D. de vero usu possessorii ordinarii et summarii; in Excert. ad P. T. V. pag. 628. etc. Danz, Grundſ. der summ. Proz. §. 14. 16 — 18. v. Savigny, Recht des Besitzes, §. 51. Gönner, Handb. d. Proz. Nro. 81. §. 10 — 12. Martin, Lehrb. d. Proz. §. 247. flg.

[3]) *Goeckel*, D. posessorium summarissimum an et quatenus adversus principem a subditis possit institui? Erlangae 1798. Danz, a. a. O. §. 16. Note f). Gönner a. a. O. §. 10.

auf den Fall des streitigen Besitzes, der litigiosa possessio im Sinne der Reichsgesetze, und auf körperliche Sachen beschränkt, sondern kann nach der Praxis immer eintreten, wo ein bisher ruhiger Besitzstand eigenmächtig vom Gegner gestört wird, und zwar selbst, wenn die Rede von Gerechtigkeiten ist [4]). Bei demselben kommt nur die Thatsache des jüngsten und gegenwärtigen Besitzes zur Erörterung, nicht aber ein älterer und dessen Gerechtigkeit [5]). Es wird jedoch hierdurch nicht ausgeschlossen, weder aus einem frühern Besitzstande dessen Fortdauer, bis ein Anderes nachgewiesen worden, zu folgern [6]); noch auch die Mängel des Besitzes, sobald sie aus den Verhandlungen der Parteien klar erhellen, zu würdigen; vielmehr liegt dem Richter ob, auch im summarischen possessorischen Rechtsstreite den Kläger zurückzuweisen, falls dessen Besitz sofort als ungerecht erscheint [7]).

---

[4]) Gönner, a. a. O. und auch die Worte der Reichsgesetze, Kamm.Ger.O. von 1555. P. II. T. 21. §. 2. „— oder Gerechtigkeit ꝛc.“ und Conc. C.G.O. II, 22, §. 4. „Possession oder quasi etc.“

[5]) *J. H. Boehmer*, J. Eccl. Pr. II. 12. §. 7. *J. G. Sieber*, D. de demonstratione in possessorio momentaneo etc. Gött. 1759. v. Savigny, a. a. O. §. 51. S. 465. (Ausg. v. 1803.) u. A. m.

[6]) *Wernher*. Obs. II, 433. *Pufendorf*, Obs. J. Univ. II, 112. *Kind*, Quaest. for. III, 14.

[7]) *G. L. Menken*, D. de qualitate possessionis in processu

Die Ablösung der Grundbelästigungen nach der königlich westfälischen Gesetzgebung hatte die Herstellung der natürlichen Freiheit der Grundstücke zum Zwecke; und obwol das Recht auf diese Freiheit, soweit die westfälische Verfassung bestand, durch den Ablösungsvertrag sogleich begründet ward; so kann doch der Besitzerwerb und die damit bewirkte Veränderung der bis dahin bestandenen factischen Verhältnisse, worin der Klaggrund beim possessorio summario in dem angenommenen Falle besteht, nur aus Thatsachen hervorgehen. Denn wie überhaupt ein jeder Vertrag, so bewirkt auch die gedachte Ablösung an sich nur persönliche Rechte zwischen den Contrahenten, nicht aber ein dingliches, gegen den Dritten klagbar zu machendes Recht, und keinen Besitz. Der ablösende Grundeigenthümer erwarb zwar die Einrede des Vertrages der Ablösung gegen die Ansprüche eines Jeden, welcher diesen Handel anerkennen und gültig erachten müßte? in Beziehung auf den Besitz der Befreiung und die Klage um Schutz in demselben kommt aber der Grundsatz in Anwendung: »Erwerb und Verlust des Besitzes, als Anfang und Ende einer bloßen Thatsache, ist von den »Bestimmungen des Erwerbs und Verlusts der Rechte »unabhängig [8]).«

---

possessorio summario, (Lips. 1744.) §. 5. v. Savigny, a. a. O. §. 51. *Kind*, l. cit. III, 16.

[8]) Worte Hufeland's, im Lehrb. d. gem. Civ.R. §. 201.

Dieser Besitzerwerb, so wie er hier zur Begründung des possessorii summarii erforderlich ist, kann nun sein zwiefacher seyn; je nachdem der Besitz aus einer unabhängigen Handlung gefolgert, oder aber vom Verkäufer abgeleitet wird. Dort muß er als Apprehension des vom Verkäufer aufgegeben anzunehmenden Besitzes betrachtet werden. Hier kann er allein aus einer Uebertragung, der quasi-traditio, hervorgehen. Ist eine Handlung nachgewiesen, welche den Besitz der durch die Ablösung erworbenen Befreiung, oder irgend eine Thatsache enthält, wodurch die Leistung, wo nicht für immer, doch für einen oder mehrere Termine unmöglich gemacht wird, oder welche wenigstens mit der bisherigen Obliegenheit im Widerspruche steht; so muß die Klage auf Schutz im Besitz begründet erachtet werden, und es bedarf keiner Untersuchung über das Daseyn einer Tradition vel quasi. Dieses würde der Fall seyn können, wann der Gegenstand der abgelösten Leistung nach Zeit und Umständen so beschränkt ist, daß eine Nachholung der Prästation nicht möglich ist, und nur eine Entschädigung nach einer Schätzung oder Vereinbarung eintreten kann; z. B. wenn die Zehntpflicht abgelöset, und nachmals die gesammte Erndte vom Inhaber der bisher zehntpflichtigen Länderei bezogen ist. Wo hingegen die Ablösung eine Leistung betroffen hat, welche in der zu gewissen Zeiten wieder-

---

S. auch v. Savigny, a. a. O. §. 5. Thibaut, Bes. und Verj. §. 4. flg. und System §. 269. flg.

kehrenden Entrichtung einer, nur der Art nach bestimmten Sache, oder in einem immer gleich nutzbaren Dienste besteht; da kann das Unterlassen der Leistung allein, so wenig wie ein jeder Verzug in der Zahlung, als eine Handlung betrachtet, und auf die Ausübung des Besitzes der Befreiung bezogen werden. Ein solcher Besitzstand würde vielmehr nur aus einer, auf des Berechtigten Anmahnung erfolgten Verweigerung, verbunden mit desselben Beruhigung hervorgehen können; indem es sonst an der Thatsache des Besitzes, dem alleinigen Grunde der erwähnten Klage, ermangeln würde. Selbst die Analogie von den negativen Dienstbarkeiten, deren quasi-traditio, nach der Meinung der mehrsten Rechtslehrer[9]), in dem Abschlusse des über ihre Uebertragung oder Begründung eingegangenen Vertrages allein, und ohne daß es dazu einer andern Handlung bedürfe, liegen soll, scheint hier nicht anwendbar. — Denn nicht die Freiheit, sondern die Obliegenheit zu einer Leistung ist der eigentliche Gegenstand einer Ablösung der erwähnten Art, und der Ablösende bezahlt den Werth der schuldigen Leistung, erwirbt auch unmittelbar dadurch bloß das Recht auf dieselbe; wogegen die Befreiung davon nur eine mittelbare Folge des Vertrages und die Wirkung der Confusion des Rechts und der Verpflichtung ist. Der Grundsatz eines negativen Rechts paßt also in dem vorausgesetzten Falle nicht,

---

[9]) v. Savigny, a. a. O. §. 46. (S. 433. flg. der 1ten Ausg.) Thibaut, Bes. und Verj. §. 16.

indem das Abgetretene hier sofort erloschen, dasjenige aber, dessen Schutz im possessorio summario erwirkt werden soll, nie in dem Besitze des andern Contrahenten gewesen ist.

Dennoch kann man den Erwerb des Besitzes der Befreiung durch den bloßen Ablösungsvertrag annehmen, wenn die Zahlung oder Zusage der Ablösungssumme der Verweigerung einer fernern Leistung, die Annahme jener aber von Seiten des Berechtigten einer Beruhigung desselben bei solcher Verweigerung gleichgeachtet wird. Auf diese Weise geschieht der Theorie ein Genüge, ohne den Verhandlungen und der Absicht der Contrahenten eine gezwungene Deutung zu geben; und es muß also der Besitz der erworbenen Befreiung dem Ablösenden wenigstens insoweit zugestanden werden, als zur Begründung der summarischen Besitzklage erfordert wird, und zwar immer und selbst da, wo er keine für sich bestehende Besitzhandlung anführt, sondern sich allein auf den Ablösungsvertrag beruft.

In diesem letzten Falle wird jedoch, unter den angenommenen Verhältnissen, wegen des dem Besitze mangelnden rechtsgültigen Erwerbtituls, wider den Kläger gesprochen werden müssen. Indem nemlich derselbe sich einzig in der Ablösung gründet und seinen Besitz der Befreiung bloß aus derselben ableitet, kann der Richter die Würdigung des rechtlichen Werths dieser Vereinbarung nicht umgehen. Ohne auf den Vordersatz zurückzugehen ist nemlich keine Folge zu ziehen, und es kann einer Thatsache nur insofern eine rechtsgültige Wirkung beigemessen werden, als sie selbst den

Rechten nach besteht. Hier kommen also die in der vorhergehenden Abhandlung entwickelten Grundsätze in Erwägung; wo aber die Veräußerung ungültig erscheint, kann ihr selbst für den Besitzstand keine Wirkung zugestanden werden, und die Ungültigkeit der Ersten theilt sich dem Letzten mit, sobald dieser sein Daseyn einzig aus jener ableitete.

Das Fragment Ulpians in L. 1. §. ult. D. uti possidetis (XLIII, 17.) begründet keinen Einwurf wider diese Ansicht. Denn die Worte dieser Stelle: »— ut si quid possidet vi, aut clam aut precario, siquidem ab alio, prosit ei possessio; sin vero ab adversario suo, non debeat propter hoc, — vincere.« — beziehen sich allein auf die Rechtsregel, daß ein Mangel des Besitzes nur von Demjenigen geltend gemacht werden könne, in Ansehung Dessen er Statt findet; daß also nur der mit Gewalt oder Hinterlist Entsetzte den so erworbenen Besitz dieserhalb zu bestreiten befugt ist. Ob aber derjenige, welcher einen Andern vitiose entsetzt hat selbst, oder ein Dritter, welcher in dessen Stelle getreten ist und Recht und Besitz von ihm ableitet, um Schutz im Besitze klagt, das hat auf die Einrede des mangelhaften Besitzes keinen Einfluß; denn der Entsetzte hat es hier im rechtlichen Sinne immer mit Dem zu thun, welcher ihn entsetzt hat, da der Kläger als desselben Cessionar und mithin als dieselbe Person zu betrachten ist.

Völlig ohne Grund würde man aber hier den Verlust des Besitzes, welchen die landesfürstliche Cammer durch die feindliche Occupation erlitten hat, dieser ent-

gegensetzen. Die Thatsache der Entsetzung kann freilich hier nicht verkannt werden, und in den Streitigkeiten über den gegenwärtigen Besitz genügt es allerdings an der Thathandlung, die den Besitzstand für den Kläger begründet. Allein so wie im summarischen Besitzstreite die Frage nicht in Erwägung kommt, wer von den Parteien einen ältern oder bessern Besitz für sich habe; so erscheint schon deshalb die frühere Entsetzung aus dem Besitze an des Beklagten Seite hier völlig unerheblich. Ueberdem liegt es, auch bei possessorischen Streitigkeiten, dem Beklagten nicht ob, zu dem Gegenstande des Rechtsstreits sich zu legitimiren; vielmehr ist dieses eine Obliegenheit des Klägers, und keinesweges darf man sich beide Theile als Mitbewerber um den streitigen Besitz denken, so daß der Eine bloß deshalb für den Besitzer gehalten werden könnte, weil der Andere nicht im Besitze sich befindet. Wer also auf Schutz im Besitze klagt, muß den Grund dieser Klage darthun, nemlich erweisen, daß er im Besitze sich befinde, und diesen Besitzstand gegen die Einrede der Unrechtmäßigkeit oder Mangelhaftigkeit, sofern diese sofort klar zu machen ist, rechtfertigen können, ohne daß es dabei auf einen Besitz des Beklagten ankommen könnte. Begründet der Kläger auf diese Weise seinen Antrag nicht, so muß allein deshalb wider ihn gesprochen werden, und Beklagter siegt, nicht weil und insoweit er ein besseres Recht darthut, sondern weil der Kläger überall keines nachgewiesen hat. Es tritt in dem angenommenen Falle aber noch eine andre Rücksicht ein, die den Verlust des Besitzes an Seiten der fürst-

lichen Cammer für den summarischen possessorischen Rechtsstreit unerheblich darlegt. Die Besitzentsetzung ist nemlich auf eine Weise geschehen, die einen fehlfreien Besitz zu übertragen nicht vermögend war, indem sie aus einer Gewaltthat hervorging.

Das hiesige Oberappellationsgericht hat im Sinne dieser Grundsätze im November 1807 erkannt. Es klagte nemlich eine Dorfgemeine im Herzogthume Braunschweig gegen das fürstl. Cammercollegium um Schutz im jüngsten Besitze der Befreiung von einer gewissen Holzlieferung aus ihrer Waldung, welche sie dem Beklagten schuldig gewesen wäre, und bis dahin abgeführt habe, daß solche zu westfälischer Zeit abgelöset sey. Sie berief sich dabei auf keine Besitzhandlung, und gründete sich allein in dem Ablösungsvertrage. Das Erkenntniß verwarf diese Klage, behielt der Klägerin jedoch das petitorium vor, weil zwar der Titul des Besitzes hinreichend für eine über den Besitzstand abzugebende Entscheidung erörtert war, der Rechtsstand aber, zumal in Ansehung der in Beziehung auf denselben möglichen Einreden nicht genugsam verhandelt sich fand.

III.

Von der den Wechseln nach herzogl. braunschweigischem Wechselrechte beigelegten stillschweigenden Hypothek, und ihrer Wirkung, besonders in Beziehung auf städtische Grundstücke.

Das Wechselrecht ward zuerst durch die Wechselordnung vom 1. Aug. 1715 [1]) im Herzogthume Braunschweig als ein allgemeines Recht eingeführt, und bis dahin den Wechseln, nur während der Messen der Stadt Braunschweig, vor dem dortigen Kaufgerichte schleu=

---

[1]) K. J. G. Wolfram, vollständige Sammlung der herzogl braunschweig=lüneburgischen Wechselverordnungen u. s. w. Braunschweig 1793.

Execution gewährt [2]). Damals war auch unter Kaufleuten nachgelassen, über schuldige Kaufgelder sogenannte „kurze Obligationen“ nach einem vorgeschiebenen Formulare auszustellen, und denselben die Wirkung wahrer Wechsel, nemlich das Executivverfahren zu begründen, beigelegt [3]). Obwol diese kurzen Obligationen die Formel: „bei Verpfändung meiner Haab' und Güter“ enthalten mußten; so findet sich doch in der damaligen Gesetzgebung keine Bestimmung darüber, daß ihnen oder den Wechseln hypothekarische Rechte im ganzen Umfange des Begriffs beigemessen wären. Die Wechselordnung bestätigte das bisherige Recht in Ansehung der erwähnten Haudelsverschreibungen und erweiterte solches dahin, daß darauf nach strengem Wechselrechte verfahren werden kann [4]) Außerdem verordnete sie, Art. 54: »Es sollen auch sonst in Concurssachen die »Wechsel, wenn sie dieser Verordnung gemäß verfaßt »oder ausgefertigt, allen obligationibus, wenn gleich »dieselben generaliter sub hypotheca omnium bonorum »ausgestellt, wie auch allen Waaren und Buchschulden, »keinesweges aber den specialen gerichtlichen Verschrei»bungen oder sonst privilegirten Forderungen präferirt »werden; sondern dabei ein jeder die ihm den gemeinen

---

[2]) Marktgerichts= und Wechselordnung für die Messen der Stadt Braunschweig, vom 1. Decemb. 1686. §. 17.

[3]) Ebendaselbst. §. 29.

[4]) Wechselordnung vom 1. Aug. 1715, Art. 52.

»Rechten und Landesconstitutionen nach', competirende »Priorität behalten.«

Da die rechtliche Natur des in dieser Gesetzstelle den Wechseln beigelegten Rechts nicht ausgedrückt war, so mußte sie aus der bestimmten Wirkung gefolgert werden. Sie sollen zwischen den gerichtlich bestellten und den Privathypotheken den Rang einnehmen, also unter die Hypothekforderungen gezählt werden, und obwol dieses nur in Beziehung auf das Concursverfahren und die Erstigkeitsurtheile verordnet und ungewiß gelassen ist, ob damit ein Realrecht gegen dritte Inhaber den Wechseln hat beigelegt werden sollen; so setzen spätere Verordnungen außer Zweifel, daß hierunter eine gesetzliche Hypothek, als ein naturale des Wechselvertrages zu verstehen sey.

In einer herzoglichen Declaration des Art. 54 der Wechselordnung, vom 25. Octob. 1723 wird nemlich bemerkt, daß bezweifelt worden sey, ob in jenem Gesetze den Wechseln eine Legalhypothek beigelegt, und vermöge solcher eine ältere Wechselschuld einer jüngern, wenn gleich diese mit eiiner hypotheca privata conventionali ausdrücklich versehen, nach dem Alter vorzusetzen wäre; hierauf aber fortgefahren: »und dann bei »Verfassung der Wechselordnung es keine andre Mei»nung gehabt, als daß allen ordnungsmäßig contrahir»ten Wechselschulden die hypotheca legalis tacita beiwohnen solle, u. s. w.« Dieser Ansicht gemäß ward es nachmals nöthig erachtet, durch eine Verordnung vom 27. Febr. 1756 die Frage zu entscheiden, ob das prätorische Pfandrecht aus der Einweisung eines Gläubi-

gers in des Schuldners Vermögen den Wechselforderungen vorgehe? und den letzten vor solchem Pfandrechte der Vorzug beigelegt. Auch enthält eine Verordnung vom 30. Januar 1772 die Bestimmung, daß von Bauern ausgegebene Wechsel »nur für gemeine Handschrif»ten geachtet werden, und auf keine Weise das den »Wechselbriefen beigelegte Jus tacitae hypo»thecae mit sich führen sollen.«

Bei so klaren Bestimmungen findet eine logische Interpretation keinen Raum. Selbst wenn diese declaratorischen Verordnungen dem Art. 54 der Wechselordnung eine Ausdehnung gegeben haben sollten, welche er ursprünglich nicht hatte, so können sie deshalb nicht nach der Bestimmung des letzten beschränkt, die Declarationen nicht aus dem erklärten Gesetze in dieser Maaße erläutert werden. Vielmehr ist jene erweiternde Bestimmung als ein neues Gesetz zu betrachten und in dieser Eigenschaft, wenigstens für künftige Fälle, uneingeschräukt verbindlich. Der mögliche Nachtheil, welchen die Wechselhypothek für den Credit und Handelsverkehr bringen mag, kann bei der Auslegung und Anwendung jener Verordnung nicht in Betracht kommen; und daß der Gesetzgeber durch eine solche Ansicht nicht geleitet ist, sein deutlich ausgesprochener Wille mithin nicht hiernach gemodelt werden darf, ergiebt sich aus der Wirkung, welche der Generalhypothek beizumessen der Praxis verstattet ward, und aus der Erlaubniß, dem Wechselgeschäfte den Hypothekvertrag hinzuzufügen. Ob aber eine Inconsequenz darin liege, den im Auslande ausgestellten oder gar trassirten Wechseln, obwol

dort keine Hypothek begründen, die bei dem Wechselgeschäfte befangenen Personen sodann auch nicht eine gleiche Verpflichtung treffen kann, hier im Herzogthume Braunschweig ein Pfandrecht beizumessen? dieses gehört zur Erwägung des Gesetzgebers, und nicht des Richters.

Ist den Wechseln ein stillschweigendes Pfandrecht beigelegt, so muß dasselbe auch ein Realrecht und eine Klage gegen dritte Inhaber gewähren, sofern die Praxis wegen der Wirkung der Generalhypothek bestehen bleibt und nicht besondre Verhältnisse eine Ausnahme bewirken. Denn das Realrecht macht das Wesen der Hypothek aus, und es kann nicht angenommen werdrn, daß der Gesetzgeber mit dieser Benennung einen von den Grundsätzen des Rechts abweichenden Begriff habe bezeichnen, irgend eine Befugniß als Hypothek aufstellen wollen, die keine Hypothek seyn würde, wenn man ihr das Realrecht entzieht.

Die den Wechseln im Braunschweigschen zustehende Hypothek ist zwar eine gesetzliche, aber keinesweges der Legalhypothek des gemeinen Rechts gleich. Denn diese hat bekanntlich gleichen Rang mit den öffentlichen und gerichtlichen Hypotheken, welchen die Wechselhypothek unbedingt nachstehen soll. Sie ist vielmehr eine Legalhypothek besondrer Art, mit einem bestimmten Range zwischen den öffentlichen und den Privathypotheken, deren Eigenthümlichkeit nicht erlaubt, von der Legalhypothek des gemeinen Rechts Folgerungen zu Bestimmung hrer Wirkung zu ziehen. Wenn nemlich jene Legalhypotheken nicht immer allein von der Willkühr der Con=

trahenten, sondern gewöhnlich von gewissen davon unabhängigen Verhältnissen ausgehen, wenn diese Verhältnisse in der Regel kundbar oder leicht zu erkunden sind, wenn endlich solche Hypotheken einen gewissen und festen Termin ihres Anfangs haben; so unterscheidet sich die Wechselhypothek hiervon in allen diesen Punkten. Nach bloßer Willkühr der Contrahenten kann sie nemlich einem jeden Schuldnexus beigelegt, der Kunde jedes Dritten leicht, wie es auch gewöhnlich der Fall ist, völlig entzogen, endlich durch Vordatirung zu Verkürzungen Andrer ohne Mühe mißbraucht worden.

Dieses gesetzliche Pfandrecht der Wechsel gewährt aber das dingliche, gegen den Inhaber oder jeden dritten Interessenten zu verfolgende Recht nur insofern, als überhaupt dingliche Rechte privatim übertragen werden können. Diese Befugniß unterliegt jedoch, wie überall in Deutschland, so auch im Herzogthume Braunschweig großen Einschränkungen. Der Unveräußerlichkeit der Lehn-, und mit Familienfideicommissen belegten Güter nicht zu gedenken, war es altdeutschen Rechtens, daß die Uebertragung des Eigenthums nicht nur, sondern jedes dinglichen Rechts an Grundstücken nicht anders, als vor Gericht und unter obrigkeitlicher Bestätigung geschehen konnte[5]); ein Recht, welches in den mehrsten Ländern Deutschlands durch Herkommen sich erhal-

---

[5]) Lex Salica, tit. 63. Lex ripuar. tit. 59. Spec. Saxon. art. 9. 18 et 51. Spec. Alemann. cap. 23. §. fin. cap. 312.

ten hat, oder durch ausdrückliche Gesetze bald unbedingt, bald unter gewissen Beschränkungen bestätigt ist[6]). Nun möchte zwar im Herzogthume Braunschweig, seitdem das Sachsenrecht in demselben abgeschafft worden ist, dieser Rechtsgrundsatz in seiner ursprünglichen Allgemeinheit nicht ferner anzunehmen seyn; allein er hat sich bei bäuerlichen Grundsätzen und den zu den Weihbildern der Städte gehörenden Besitzungen dieser Art unwandelbar erhalten, findet sich auch durch besondre Gesetze und Localordnungen ausdrücklich vorgeschrieben[7]). Freilich hat die Praxis den Grundsatz von der Gleich-

---

6) *Schilter*, Praxis etc. exc. 33. §. 7. *J. G. Sieber*, D. an ex confirmatione hypothecae judex ad id, quod inter est, teneatur? (Götting. 1758.) §. 1. nota a). Runde, deutsch. R. §. 259. Danz, Handb. d. d. Privatrechts, §. 259.

7) Herzogl. braunschw. Verordnung vom 15. Jun. 1712. Herzogl. Rescript an die Regierung zu Blankenburg vom 23. Oct. 1741. Statuten der Stadt Helmstädt von 1589, Art. 49. Stat. der Heinrichstadt (i. e. Wolfenbüttel), Art. 13. Untergerichtsordnung der Stadt Braunschweig von 1764, Cap. 13. §. 1. *de Pufendorf*, Obs. III, 189. v. Bülow und Hagemann, Erörter. IV, 59. Daher stellte auch die vormalige Justiz-Canzlei zu Wolfenbüttel in einem, am 30. Aug. 1779 dem Herzoge über die Generalhypothek abgestatteten Gutachten den Grundsatz auf: „Einem dritten Besitzer mögen die außer „gerichtlich bedungenen Generalhypotheken nicht nachtheilig „werden; denn auf Bürger- und Bauergütern haften solche nicht, ꝛc.“

heit des Ranges zwischen gesetzlichen und öffentlichen Hypotheken, im offenbaren Widerspruche mit dem Geiste und dem wohlthätigen Zwecke jenes altdeutschen Instituts, zugleich soweit ausgedehnt, daß die Legalhypothek, ohne Dazwischenkunft des zuständigen Gerichts und bloß kraft des Gesetzes in Wirkung tritt; allein diese Praxis bezieht sich einzig auf die Legalhypotheken des gemeinen Rechts, und findet sich besonders be bürgerlichen Grundstücken nur in Ansehung derjenigen gesetzlichen Pfandrechte angewendet, deren Daseyn leicht erforscht werden kann, und welche eben deshalb fast dieselbe Kundbarkeit, wie die gerichtlichen Hypotheken haben; z. B. das Pfandrecht der Unmündigen und Minderjährigen, der Ehefrauen, der Kinder wegen des Mutterguts, des Fiscus, u. d. m. [8]). Daß von den Legalhypotheken des gemeinen Rechts kein Schluß auf die Wechselhypothek gemacht werden kann, ist schon oben gezeigt worden. Jene Praxis aber zugleich auf die Letzte zu erstrecken, würde überdem den Grundsätzen von der Analogie auch deshalb zuwider laufen, weil damit ohnehin dem Zwecke widerstrebt wird, welchen das Gesetz durch die Anordnung der Gerichtshandlungs=

---

[8]) *de Pufendorf*, Obs. III, 180, §. 4. Struben, Rechtl. Bed. I, 19. Das herzogl. braunschw. Rescript an das Hofgericht vom 8. März 1749, und die herzogliche Resolution vom 20. Sept. 1743 über diesen Gegenstand (s. Fredersdorf, Promtuarium der fürstl. braunschw. wolf. Landesverordn. IV, S. 108.), beziehen sich ausdrücklich nur auf gemeinrechtliche Legalhypotheken.

und Hypothekenbücher, und durch die, als Bedingung des Uebergangs dinglicher Rechte an Grundstücken vorgeschriebenen Mitwirkung der Obrigkeit des Orts zu erreichen sucht. Es darf also die Gleichstellung der gesetzlichen mit den vor der Obrigkeit bestellten Hypotheken, nur unter genauer Beschränkung auf die Bestimmungen der erwähnten Praxis angenommen werden, und es muß jede Anwendung auf ähnliche Fälle ausgeschlossen bleiben.

Das Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel hat diese Grundsätze in zwei Erkenntnissen im April und October 1817 in Anwendung gebracht, wovon das Erste bloß die Natur und Wirkung der Wechselhypothek im Allgemeinen, das Letzte aber zugleich deren Wirkung in Beziehung auf ein in der Stadt Braunschweig belegenes Haus zum Gegenstande hatte, welches bei der Ausstellung der Wechsel, woraus hypothekarisch gegen einen dritten Inhaber geklagt ward, dem Aussteller gehörte.

Die Entscheidungsgründe des ersten Urtheils, welches die Hypothekklage gegen den dritten Inhaber aus einem Wechsel zuläßig erklärte, sind soweit sie diesen Punkt betreffen, folgende.

»Die Entscheidung findet ihre Begründung in dem »deutlichen Inhalte der Gesetze; nemlich des Art. 54 »der Wechselordnung und vorzüglich in deren Declara-

»tion vom 25. October 1723, wie auch in dem Geiste »der Verordnung vom 12. Oct. 1803.«

»Wenn nemlich jene Declaration mit bestimmten »Worten sagt, daß »»bei Verfassung der Wechselordnung »»es keine andre Meinung gehabt, als daß allen ord»»nungsmäßig contrahirten Wechselschulden die hypo»»theca legalis tacita beiwohnen solle;«« so sind diese »Worte so deutlich, daß sie keine andre Auslegung als »nur diejenige zulassen, die unmittelbar aus ihrem »grammatischen Sinne entspringt; welcher Sinn auch »völlig mit der übrigen Legislation über diesen Gegen»stand in Harmonie ist, nach der selbst Privathypothe»ken, denen die Wechsel nach jener Disposition doch »unstreitig vorgehen, ein Realrecht verleihen. Diese »Declaration aber nach der Veranlassung derselben ein»schränken wollen, und voraussetzen, der Gesetzgeber »habe bei der Beilegung der Hypothek nur die secun»däre Wirkung derselben, die Stelle im Concurse, vor »Augen gehabt, ohne das Wesen derselben, das Real»recht, zu berücksichtigen, überschreitet die Grenzen »der richterlichen Interpretation.«

»Daß aber authentische Declarationen eine den »Gesetzen völlig gleiche Kraft haben, ist nach den ge»meinen Rechten außer Zweifel. L. 11 et 12. C. de »legibus.

»Es war also Kläger mit der auf dem Grunde von »Wechselbriefen, welche überdem in die Hypothekenbücher »inscribirt waren, erhobenen Klage nicht sofort abzuweisen; »sondern es mußte in einem, nach Vorschrift der Wechselord»nung anzusetzenden Termine, in welchem denn auch

»Beklagter mit seinen zulässigen Einreden zu hören, die »Sache gehörig instruirt werden, um sodann ihre Ent»scheidung den Gesetzen gemäß zu erhalten.«

Bei der zweiten Sentenz ward nicht nur über die Wirkung der gesetzlichen Hypothek des Wechsels gegen den dritten Inhaber im Allgemeinen, sondern zugleich besonders in Beziehung auf städtische Grundstücke erkannt und entschieden, daß zwar die Wechselhypothek in der Regel die Hypothekenklage in ihrem ganzen Umfange, mithin auch gegen den dritten Inhaber gewähre, keineswegs aber solche Grundstücke umfasse, welche nach besondern Localrechten nur vor der Ortsobrigkeit verpfändet werden können. Die hieher gehörigen Entscheidungsgründe folgen hier.

»— es stellen die Absicht des Gesetzgebers, den Wech»seln ein wirkliches stillschweigendes Pfandrecht beizule»gen, außer den angeführten [9]), noch die herzogl. Ver»ordnungen vom 27. Febr. 1756 und vom 30. Januar »1772 außer Zweifel. Denn die Erste entscheidet einen »Rangstreit zwischen dem prätorischen Pfandrechte aus »der Inmission und der Wechselhypothek, und die Letzte »wiederholt die Erklärung, daß den Wechseln ein ius »hypothecae tacitae beigelegt sey. Zu dem Wesen eines »Pfandrechts gehört es aber, einen dinglichen, gegen »den dritten Inhaber zu verfolgenden Anspruch zu ge»währen, und diese Wirkung muß daher der Wechsel-

---

9) Braunschw. Wechselordn. Art. 54. Verordn. vom 25. Oct. 1723.

»Hypothek schon deshalb beigemessen werden, weil sie »derselben nicht ausdrücklich entzogen ist. Der Nach»theil, welcher aus dieser Hypothek für den kaufmänni»schen Credit und Verkehr hervorgehen mag, ist nicht »größer, als der einer jeden Generalhypothek, und »kann zwar den Gesetzgebern zu einer Aenderung des »Rechts bestimmen, nicht aber den Richter ermächtigen, »Verordnungen dem Sprachgebrauche zuwider einschrän»kend auszulegen, welche durch ihre klare Bestimmung »jede logische Interpretation ausschließen. Ein Gleiches »gilt von der Ungleichheit der Verpflichtung der concur»rirenden Personen bei trassirten und im Auslande (wo »nemlich den Wechseln keine Legalhypothek beiwohnt) »ausgegebenen Wechseln.«

»Ist hiernach mit den Wechseln im Herzogthume »Braunschweig ein gesetzliches Pfandrecht verbunden, so »kann dasselbe doch weiter nicht angenommen werden, »als überhaupt ein Pfandrecht nach den besondern Lo»calrechten Statt findet, und in dieser Beziehung kommt »das statutarische Recht der Stadt Braunschweig hier in »Anwendung.«

»Wenn nemlich mit der Aufhebung des Sachsen»rechts der altdeutsche Rechtsgrundsatz, das dingliche »Recht an Grundstücken nur unter Mitwirkung der zu»ständigen Obrigkeit übertragen werden können, in die»sem Herzogthume wenigstens in seiner Allgemeinheit »abgestellt ward; so behielt er theils herkömmlich, theils »durch örtliche Verordnungen für die bürgerlichen Grund»stücke der Städte gesetzliche Kraft, und findet sich na»mentlich für die Stadt Braunschweig bestätigt. Denn

»es soll daselbst,« — Untergerichtsordnung von 1764, »Cap. XIII, §. 1. — »»keine Verpfändung der zu der »»Stadt gehörigen liegenden Gründe, Häuser u. s. w. »»die völligen Rechte einer Verpfändung haben, sie ge»»schehe denn vor dem Untergerichte und sey in das Ge»»richtsbuch verzeichnet &c.««. Diese Verordnung kann, »weil sie den vorerwähnten Grundsatz des deutschen »Rechts ausspricht, nicht auf die Priorität im Concurse »beschränkt, und muß vielmehr auf den Uebergang des »dinglichen Rechts selbst bezogen werden. Und wenn »die Praxis den gesetzlichen Hypotheken gleiche Rechte »mit den gerichtlichen und öffentlichen einräumt, und »diesen Grundsatz selbst auf bürgerliche Grundstücke der »Städte anwendet; wenn dieses namentlich in der Stadt »Braunschweig Kraft ausdrücklicher Genehmigung des »Landesfürsten geschieht (Rescript an das Hofgericht vom »8. März 1749 und Resolution für den Commissar »Scheffeld vom 20. Sept. 1743 in Fredersdorf »Promtuarium der fürstl. braunschw. Land. Verordn. IV, »S. 108); so beschränkt sich solches auf die Legalhypo»theken des gemeinen Rechts. Von diesen findet aber »kein Schluß auf die Wechselhypothek Statt. Denn »diese ist nur eine Legalhypothek besondrer Art, mit ei»ner beschränkten, den gemeinrechtlichen Legalhypothe»ken nachstehenden Wirkung, und unterscheidet sich von »diesen eben in den Punkten, woraus dem öffentlichen »Credite die mehrste Gefahr droht, indem sie, allein »von der Willkühr der Contrahenten abhängig, aus ei»nem Privatdocumente entsteht, was Betrug und Vor»datirung zuläßt, und jeder Verheimlichung unterliegt,

»wogegen jene aus kundbaren oder gewöhnlichen leicht »zu erkundenden Verhältnissen hervorgehen. Und über»dem wird eine analogische Anwendung jenes Grundsa»tzes durch den Widerspruch ausgeschlossen, worin er an »sich mit dem Zwecke der Hypothekenbücher und der ver»ordneten Mitwirkung der Obrigkeit bei der Uebertra»gung dinglicher Rechte an städtischen Grundstücken steht; »indem er hiernach, als Ausnahme der Regel, keiner »ausdehnenden Deutung fähig erscheint.«

IV.

In wiefern kann der Nießbraucher eines Grundstücks eine Servitut desselben einklagen? L. un. §. 4. D. de remissionibus (XLIII, 25.).

---

1. Das römische Recht stellt als Regel den Grundsatz auf, daß die dinglichen Klagen auf Dienstbarkeiten eines Grundstücks nur dem Eigenthümer desselben zustehen. Ulpian sagt dieses in L. I. D. Si servitus vind. (VIII, 5.) ausdrücklich: »Haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit; Servitutem enim nemo vindicare potest, quam is qui dominium in fundo vicino habet; cui servitutem dicit deberi.« Zwar nahmen die Römer in dieser Hinsicht den Begriff des Eigenthums nicht im strengsten Sinne, sondern zählen dahin auch das unvollkommne Eigenthum

des Emphyteuten uud des Superficiars [1]); ja sie gaben selbst dem Pfandgläubiger die actio confessoria, wiewol nur utilis [2]). Allein auch diese haben sämmtlich ein Recht auf die Sache selbst und deren Substanz, sind also hierin dem wirklichen Eigenthümer zu vergleichen und von dem Nutznießer unterschieden, welcher nur ein Recht auf die Früchte des Grundstücks und dessen Gebrauch, und nur für seine Person hat. Daher erklären denn auch die römischen Juristen den Usufructuar nicht befugt, eine Dienstbarkeit einzuklagen, obwol sie demselben das Recht nicht absprechen, seinen Nießbrauch selbst, und zwar in Beziehung auf die Dienstbarkeit, als einen Theil desselben, gerichtlich zu verfolgen. «Si fundo fructuario servitus debeatur, sagt Paulus in L. 1. pr. D. Si ususfr. petat. (VII. 6.) Marcellus L. 8. apud Julianum Labeonis et Nervae sententiam probat, existimantium servitutem eum quidem vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum; ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui.» Und übereinstimmend hiermit äußert sich Ulpian in L. 5. §. 1. eodem: «Utrum autem adversus dominum duntaxat in rem actio fructuario competat, an etiam adversus quemvis possessorem? quaerîtur: et Julianus L. 7. Dig. scribit, hanc

---

1) L. 3. §. pen. D. de operis novi nunc. (XXXIX, 1.) L. 16. D. de Servitutibus (VIII. 1.)

2) L. 16. cit. L. 9. D. de oper. novi nunc. (XXXIX, 1.)

actionem adversus quemvis possessorem ei competere; nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.

2. Abweichend hiervon äußert sich jedoch derselbe Ulpian in L. un. §. 4. D. de remissionibus (XLIII, 25.): «Item Juliano placet, fructuario vindicandarum servitutum ius esse, secundum quod opus novum poterit nunciare vicino, et remissio utilis erit; ipsi autem domino praedii si nunciaverit, remissio inutilis erit; neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest, ius ei non esse invito se altius aedificare; sed si hoc facto ususfructus deterior fiat, petere usumfructum debebit.»

Den scheinbaren Widerspruch zwischen diesem und den zuvor angeführten Fragmenten, hat man vielfältig zu lösen versucht. Bald findet man in der letzten Stelle nur die historische Anführung einer übrigens nicht gebilligten Meinung [5]), obwol diese bequeme Auskunft der Gewohnheit der alten Juristen, durch die Angabe einer Autorität ihre eigne Ansicht darzulegen, und dem Zusammenhange der Sätze in jenem Fragmente widerstrebt; bald versteht man die hier dem Nießbraucher verstattete Vindication der Dienstbarkeiten eben von der Klage auf Vervollständigung des Nießbrauches, durch die dazu gehörende Servitut, wie sie die andern Frag=

---

[5]) *Barth. Chesius*, Interpret. Jur. L. 1. cap. 39. in Heineccii Jurispr. Romana et Attica L. II, p. 203 seq.

mente zulassen [4]), obwol dieser Auslegung entgegen steht, daß diese Fragmente ausdrücklich die vindicatio servitutum von der vindicatio usus fructus unterscheiden, daß also in der letzten Stelle nicht wohl, diesem Sprachgebrauche zuwider, mit vindicatio servitutum die vindicatio usus fructus bezeichnet seyn kann. Eine bessere Erklärung giebt Galvanus [5]), indem er jene Fragmente von der im eignen Namen, dieses hingegen von einer Namens des Eigenthümers vom Usufructuar anzustellenden Klage versteht, und die erste Klage ihm versagt, die letzte aber aus einem zu vermuthenden Mandate ihm verstattet annimt.

3. Daß der Nießbraucher ein Klagrecht auf eine dem benutzten Grundstücke zuständige Servitut habe, darin stimmen alle drei Fragmente überein; und daß dieses nicht die unmittelbar auf die streitige Servitut gerichtete confessorische Klage seyn könne, folgt aus dem Begriffe dinglicher Klagen, vermöge dessen sie nur demjenigen zukommen, welchem das dingliche Recht zusteht, worauf sie gerichtet sind. Der Usufructuar kann also keine andere Klage hier haben, als die auf Vervollständigung seines Nießbrauches durch die dazu gehörige Servitut, wie L. 1. pr. et L. 5. §. 1. cit. bemerken, oder

---

4) *U. Huber*, pract. jur. civ. ad Dig. VII, 6. §. 2.

5) In tract. de usufructu, cap. 36. Diesem stimmen die mehrsten Rechtslehrer bei: *Voet*, Comm. ad Pand. VIII, 5, 1. *Malblanc*, Princ. J. R. §. 439.

er muß Namens des Eigenthümers die demselben zustehende confessorische Klage anstellen. Zwischen beiden findet aber nur ein theoretischer Unterschied Statt, welcher überall keine Wirkung hervorbringt. Jene Klage auf Vervollständigung des Nießbrauches ist nemlich keine andre, als gleichfalls eine confessorische Klage, wodurch hier ein Theil des Nießbrauches und zwar, wie überhaupt bei dieser Klage Statt finden kann [6]), gegen denjenigen Dritten, welcher den Gebrauch hindert, verfolgt wird. Der Beklagte, welcher die Servitut dem Grundstücke, worauf der Nießbrauch haftet, verweigert, steht überdem bei beiden Klagen in demselben Verhältnisse. Denn nimt der Usufructuar die Servitut in eignem Namen als einen Theil seines Nießbrauches gegen ihn, als denjenigen in Anspruch, welcher den vollen Genuß des Nießbrauches verhindert; so kann er dieses nur in sofern thun, als er beweiset, daß die Servitut dem Grundstücke zukommt, welches dem Nießbrauche unterworfen ist; er begründet also seine Klage durch das Recht des Eigenthümers. Klagt der Usufructuar hingegen Namens des Eigenthümers, so thut er es Kraft eines Auftrages, welchen die Gesetze selbst ihm geben, indem sie damit nur der strengen Theorie auszuweichen

---

6) L. 10. §. 1. D. Si servitus vindic. (VIII, 5.) „Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur, vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam ducere impediunt, exemplo caeterarum servitutum.“

suchen, und jenen Auftrag als ein naturale negotii, das procuratorio nomine zuständige Klagrecht als im Umfange der zum Nießbrauche gehörenden Befugnisse begriffen ansehen; daher eine besondere Nachweisung dieses Auftrages von ihm nicht erfordert werden kann. Denn die Klage soll und kann die Rechte des Eigenthümers nur schützen, und nicht demselben Etwas vergeben; zur Erhaltung jener Rechte ist aber der Nießbraucher befugt und verpflichtet[7]), und wenn die Gesetze sagen: «Usufructuarius opus novum nunciare suo nomine non potest sed procuratorio nomine nunciare poterit, aut vindicare usumfructum ab eo, qui novum opus faciat; quae vindicatio praestabit ei, quod eius interfuit, opus novum factum non esse[8]); so nehmen sie an, daß das Mandat aus dem Verhältnisse des Usufructuars hervorgehe, weil es sonst dieser Bemerkung nicht bedurft haben würde, da Jeder mittelst eines ausdrücklichen Mandats einen Andern vertreten kann. Es fallen beide Klagen also der Wirkung nach zusammen, und sehr wohl konnten Ulpian und sein Gewährsmann Julian in dem einen Fragmente dem Usufructuar die Vindication einer verweigerten

---

7) L. 1. §. ult. D. Usufruct. quemadm. cav. (VII, 9.) „Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellere, neglexit; *omnem enim rei curam suscipit*“ und L. 2. eodem: „*Nam fructuarius custodiam praestare debet.*“

8) L. 1. §. 20. D. de operis novi nunc. (XXXIX, 1.)

Dienstbarkeit versagen, und in dem andern gestatten, ohne sich zu widersprechen; da sie dort von der unmittelbar auf die Servitut gerichteten Klage, und zwar nach der aus dem Begriffe entwickelten Theorie handeln, hier aber die, der Wirkung nach Statt findende Gleichheit beider Klagen in Anwendung bringen und auf die novi operis nunciatio beziehen.

Einer besondern Vollmacht des Eigenthümers bedarf also der Usufructuar, um Servituten des ihm zum Nießbrauche eingegebenen Grundstückes einzuklagen, keinesweges; sein Betrieb erhält vielmehr die Rechte des Eigenthümers ohne dessen Dazwischenkunft, so wie seine Nachlässigkeit demselben schadet; wie dieses L. 1. §. ult. D. usufruct. quemadm. cav. (VII, 9.) [9]) deutlich ersehen läßt. Eine Legitimation in dieser Beziehung kann daher dem Usufructuar so wenig auferlegt werden, als in der Regel von ihm die Benennung seines Auctors, oder des Eigenthümers des zum Nießbrauche eingethanen Grundstücks zu verlangen ist; Beides bezieht sich nemlich gewöhnlich auf das Recht dieses Letzten als eines Dritten, ist eine exceptio de iure tertii.

4. Dennoch giebt es Fälle, wo der Umfang des Nießbrauches in Hinsicht auf die streitige Servitut von den Verhältnissen des Eigenthümers des jenem Nießbrauche unterworfenen Grundstückes abhängt, und die Vertheidigung des Beklagten davon ausgehen muß. Hier wird also die Person dieses Eigenthümers ein Ge=

---

[9]) S. oben Note 5.

genstand der Verhandlung, und es liegt dem Kläger ob, unter solchen Umständen und sobald darüber eine Ungewißheit obwaltet, bestimmt zu erklären, von wem er seinen Nießbrauch ableite, und wen er als Eigenthümer des von ihm benutzten Grundstücks ansehe. Wie nemlich der Nießbrauch des herrschenden Grundstücks die Bedingung enthält, unter welcher allein die streitige Servitut vom Usufructuar, entweder unmittelbar als Theil seines Nießbrauches, oder Namens des Eigenthümers Kraft dessen gesetzlich vermutheten Auftrages eingeklagt werden kann; so gilt dasselbe auch von den Rechten und dem Umfange des Nießbrauches in Beziehung auf die streitige Dienstbarkeit, da solche Rechte als Theile des Nießbrauches zu betrachten sind. Nicht nur der Nießbrauch überhaupt, sondern dessen nähere Bestimmungen, sein Umfang und die Rechte des Auctors des klagenden Usufructuars gehören also in dem angenommenen Falle zur Ausführung des Klägers, indem sie bald dessen Legitimation zur Sache, bald den Grund der Klage, bald endlich eine Replik betreffen können. Besonders gehört die bestimmte Angabe des Eigenthümers und Auctors hier zu des Klägers Legitimation zur Sache, weil ein Usufructuar nicht Namens des Eigenthümers auftreten kann, ohne denselben gehörig zu bezeichnen, auch die directe Klage auf Vervollständigung des Nießbrauchs durch die streitige Servitut eine genaue Angabe der Beziehungen dieses Rechts erfordert, wozu unstreitig die des Auctors desselben gerechnet werden muß.

5. Es verstehet sich übrigens, daß der Eigenthü-

mer nach der Begründung des Nießbrauches denselben nicht ohne Zustimmung des Nutznießers schmälern und überhaupt keine Handlung gültig vornehmen kann, wodurch der freie Genuß desselben behindert wird. Vielmehr stehen die später dritten Personen, in Beziehung auf die dem Nießbrauch unterworfenen Güter, eingeräumten Rechte dem ältern dinglichen Rechte des Nießbrauchers nach. Nicht nur allgemeine Rechtsgrundsätze ergeben dieses, sondern es finden sich darüber ausdrückliche Bestimmungen des römischen Rechts [10]), und diese selbst in Beziehung auf Dienstbarkeiten, welche dem zum Nießbrauche eingegebenen Grundstücke bei dessen Bestallung zugestanden haben. L. 15, §. 7. D. de usufructu (VII, 1.) sagt: «Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. — Quibus consequenter, fructuarius quidem acquirere fundo strvitutem non potest, retinere autem potest; — proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.» Dergleichen Handlungen des Eigenthümers können also dem Usufructuar nicht entgegen gesetzt werden, wenn er eine

---

10) L. 7. §. 1. L. 15. §. 6. D. de usufructu (VII, 1.) „Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat.“ L. 17. §. 2. eodem. „Proprietarius autem servum noxae dedere poterit, si hoc sine dolo malo faciat; quoniam noxae deditio iure non perimit usumfructum; non magis quam usucapio proprietatis quae post constitutum usumfructum contingit.“

Dienstbarkeit des ihm zum Nießbrauche eingegebenen Grundstückes einklagt, und es kann sodann überhaupt auf Verhältnisse, welche nach der Bestallung des Nießbrauches in Beziehung auf dessen Umfang und die Rechte des Eigenthümers eingetreten sind, nur in sofern Rücksicht genommen werden, als sie unabhängig von der Willkühr des Eigenthümers aus bereits bei Bestellung des Nießbrauches vorhanden gewesenen Ursachen, aus der Natur der Sachen, oder aus fremder Einwirkung hervorgegangen sind.

6. Der Usufructuar klagt immer, selbst wenn er Namens des Eigenthümers auftritt, aus eignem Rechte und vermöge eines gesetzlichen, von dem Willen des Eigenthümers völlig unabhängigen Auftrages. Ein Widerruf, oder eine Beschränkung dieses Auftrages von Seiten des Eigenthümers ist hiernach ungedenkbar, und wie die Sache daher nur zwischen dem Usufructuar und demjenigen, welcher die streitige Servitut verweiget oder ihre Ausübung behindert, auszumachen ist; so können Intervention, Adcitation und Litisdenunciation in Beziehung auf den Eigenthümer nur nach den im Allgemeinen davon bestehenden Grundsätzen eintreten und beurtheilt werden.

---

7. Das gemeinschaftliche Operappellationsgericht hieselbst ging im September 1817 von den hier entwickelten Grundsätzen in folgendem Falle aus. Der zeitige Inhaber eines vormaligen Ordensgutes, dessen Commendator er gewesen war, klagte auf die Naturallei-

stung gewisser Herrendienste und Zehnten, welche vormals jenem Ordensgute gehört hatten, während der französischen Occupation des Landes aber, nach den Gesetzen des Königreichs Westfalen, in eine Geldprästation verwandelt waren. Die Beklagten beriefen sich auf diese Ablösung der Naturalleistung, und da zugleich die Einziehung der Ordensgüter durch die Westfälische Regierung und deren Folgen für den Kläger zur Sprache gebracht wurden; so verlangten Beklagte, daß derselbe sich in Ansehung des Tituls, unter welchem er das herrschende Grundstück benutze, zur Sache legitimiren solle; wogegen Kläger solches durch die Behauptung ablehnte, daß ihm das Ordensgut entweder als Commendator, oder vermöge einer Concession der Landesregierung zustehe. Da nun sein Recht während der feindlichen Occupation ihm nicht habe geschmälert werden können, jeden Falls das eingezogene Ordensgut den Staatsdomänen zugefallen seyn würde, in welcher Hinsicht ebenfalls die vorgeschützte Veräußerung nicht bestehen könnte; so bedürfte es einer nähern Erklärung über den Titul seines Nießbrauches nicht. Dennoch legte das Gericht dem Kläger auf: «eine bestimmte Erklärung über den Titel seiner jetzigen Berechtigung an der Commende N. einzubringen, und sich desfalls ad causam zu legitimiren.»

V.

Entsagung rechtlicher Zuständigkeiten von der Rechte unkundigen Personen, besonders Weibern.

1. Ein Jeder, welcher über sein Vermögen zu verfügen befugt ist, kann gültig den ihm zustehenden Rechten entsagen [1]; nur wird die Kenntniß des Gegenstandes der Verzichtleistung zu derselben Gültigkeit erfordert [2]. Die Anwendung dieses Grundsatzes führte auf die Bestimmung, daß nur ein besonderer und ausdrücklicher Verzicht, renunciatio specialis, zu Recht bestehe, eine in allgemeinen Ausdrücken gefaßte Entsagung aber keine

---

[1]) L. 174. §. 1. D. de reg. Jur. (L. 17.) L. 51. C. de episcopis (I, 3) L. 29. C. de pactis (II, 3.)

[2]) L. 19. D. de inoff. test. (V, 2.) L. 8. D. de hered. petit. (V, 3.) Ord. der Notarien von 1512, §. „Dann nachdem die Verwilligung" ꝛc.

Wirkung hervorbringe [3]), weil es hier ungewiß bleibe, ob der Verzichtende auch den besondern Punkt vor Augen gehabt, ihn in seiner Entsagung habe mit umfassen wollen; und die Gesetze machen von dieser Regel nur dann eine Ausnahme, wenn die Umstände zeigen, daß das besondere Recht als Gegenstand der Erklärung von dem Entsagende gedacht worden sey [4]). Hat nemlich demselben damals jenes Recht vorgeschwebt, so mußte er es von der Verzichtleistung ausnehmen, wenn diese nach ihrer allgemeinen Fassung nicht jene Zuständigkeit mit begreifen sollte, indem eben die gewählte Form der allgemeinen Entsagung nothwendig alle Be-

---

[3]) L. 4. §. 4. D. Si quis caution: (II, 11.) „Quaesitum est, an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi caussa obiiciatur? et ait Atilicinus: conventionem istam non valere. Sed ego (Ulpianus) puto, conventionem istam ita valere, *si specialiter causae exceptionum expressae sint*, quibus a promissore sponte renunciatum est." L. ult. §. 3. D. de cond. indeb. (XII, 6.)

[4]) L. 47. §. 1. D. de pactis (II, 14.) L. 5. L. 9. §. 1 et 3. D. de transact. (II, 15.) „Ei, qui non certus, ad se querelam contra patris testamentum pertinere, de aliis causis cum adversariis pacto transegit; tantum in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur. — nam ea, quorum actiones competere postea compertum est, iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non docetur." *Leyser*, Med. ad D. Sp. 12. m. 2. *Pufendorf*, II, 43.

fugnisse einschließt, die in Beziehung auf den Gegenstand der Verhandlung den abschließenden Theilen vorlagen.

2. In Ansehung der Verzichtleistungen der Weiber ist keine hiervon abweichende Vorschrift gegeben, und wo die Gesetze der Entsagung der weiblichen Gerechtsame gedenken, erfordern sie nur, daß sie mit ausdrücklicher Erwähnung derselben, specialiter, geschehen [5]. Eine vorläufige Erklärung dieser Rechtswohlthaten wird nicht als nothwendig verordnet. Wenn nemlich die Gesetze diejenigen Frauenspersonen, welche mit der Kenntniß von der gesetzlichen Unwirksamkeit ihrer Intercessionen dennoch ein solches Geschäft eingehen, der Einrede des Vellejanischen Senatsbeschlusses und der Auth. si qua mulier verlustig erklären; so geschieht es, weil sie darin eine Arglist wahrnehmen, und die Intercedentin deshalb der gesetzlichen Wohlthat unwürdig halten [6]. Es fällt diese Einrede in einem solchen Falle mithin, auch ohne eine darauf gerichtete Verzichtleistung hinweg; und es kann also von dieser Verordnung auf die Erfordernisse der Entsagung um so weniger gefolgert werden, als der daraus abzuleitende Schluß nur dahin gehen würde, daß der Verzicht bei gehöriger Bekanntschaft mit dessen Gegenstande wirksam sey; eine Bestimmung,

---

[5]) Nov. 118. cap. 5.

[6]) L. 30. pr. L. 32, §. 4. D. ad Sctm Vellejanum (XVI, 1.)

welche schon aus den allgemeinen Grundsätzen von der Entsagung hervorgeht.

3. Obwol also das römische Recht keine besondere Bestimmungen über die Verzichte der Frauenspersonen wird, enthält; so rechnet es diese dennoch denjenigen hinzu, welchen eine Rechtsunwissenheit unbedingt nicht beigemessen und aus diesem Grunde, und weil überdem das gemeine Recht zum größten Theile aus aufgenommenen, nicht förmlich bei uns promulgirten Gesetzen besteht, diese auch in einer fremden Sprache geschrieben sind, erfordern mehrere Rechtslehrer eine vorgängige Erklärung der Gerechtsame, worauf von Frauenspersonen mit Wirkung verzichtet werden soll [7]. Zugleich folgt aus dieser Ansicht, daß eine bloße Andeutung des Gegenstandes sollte sie auch dessen Natur im Allgemeinen erläutern, dem Zwecke nicht entsprechen, vielmehr dazu eine wirkliche Erläuterung der gesetzlichen Bestimmung erfordert werde.

4. Das römische Recht aber stellt den Grundsatz von der Rechtsunwissenheit in Beziehung auf die Weiber keinesweges in der erwähnten Allgemeinheit auf. Es geht vielmehr auch bei denselben von der Regel aus, daß eine solche Unkunde wie Jedermann auch ihnen beizumessen, also nachtheilig sey [8]. Nicht jede Unwissen-

---

[7]) *Stryck*, V. M. L. 22. tit. 6. §. 2. *Ejusdem* Diss. de certioratione iurium renunciandorum. u. a. m.

[8]) L. 8. D. de iur. et facti ignor. (XXII, 6.) „Juris error

heit des Rechts können Weiber gegen von ihnen eingegangene Verbindlichkeiten geltend machen, und nur da wird dieses zugelassen, wo sie einen Verlust an ihrem Vermögen abwenden wollen, nicht wo sie Vortheile bezwecken, aber selbst unter dieser Voraussetzung nicht immer, sondern einzig in gewissen ausdrücklich ausgehobenen Fällen. « Ne passim, verordnet L. ult. C. de iuris et facti ignor. (I. 18.) liceat mulieribus omnes suos contractus retractare in his quae praetermiserint vel ignoraverint, statuimus: Si per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius vel substantiam suam patiantur in his tantum casibus in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri. » [9])

Indem also die Unkunde des Rechts den Frauenspersonen nur ausnahmsweise in einem höhern Grade, wie den Männern zu Statten kommt, sind sie in der Regel den allgemeinen Grundsätzen in diesem Punkte unterworfen, und kann es sich nur fragen: ob nicht eben in Ansehung der Verzichte eine Ausnahme von den Gesetzen gemacht werde? Allein die Entsagungen gehören zu den ausgenommenen Fällen keineswegs. Nicht nur erwähnen die Gesetze derselben in dieser Beziehung

---

nec feminis in compendiis prodest." L. 6. C. Qui admitti (VI, 9.) arg. L. 110, §. ult. D. de reg. jur. (L. 17.)

[9]) S. auch L. 9. pr. D. de iur. et facti ignor. (XXII, 6.) L. 2. C. eod. tit. (I. 18.)

nicht [10]), sondern es enthält L. 2. C. de iur. et facti ignor. (I, 18.) eine ausdrückliche Bestimmung des Gegentheils. «Cum ignorantia iuris, heißt es daselbst, facile excusari non possis, si maior 25 annis hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras.» Und wenn man erwägt, daß bei den Römern Verträge über künftige Erbanfälle ungültig waren, die Verzichtung in dem Falle dieses Gesetzes also eine bereits angefallene Erbschaft voraussetzt, eine solche oder das Recht darauf aber einen Theil unsers Vermögens ausmacht; so ist es klar, daß hier von der Wirkung der Verzichte, nicht in Hinsicht auf Erwerbungen, sondern auf die Abwendung eines Nachtheils gehandelt werde. Der Rechtsunwissenheit der Weiber wird also auch bei Entsagungen zustehender Rechte, und überhaupt jeder Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit eines solchen Verzichts abgesprochen.

Die Frauenspersonen haben überdem die Verpflichtung, bei Rechtsgeschäften, deren Verhältnisse sie nicht selbst zu beurtheilen vermögen, Belehrung zu suchen; und die Unterlassung der darauf gerichteten Bemühung schließt, wann Belehrung zu erlangen stand, sogar in den nachgelassenen Fällen die Befugniß aus, die Rechtsunwissenheit geltend zu machen. In L. 9. §. 3. D. de iur. et facti ignor. (XXII, 6.) erklärt daher Paulus,

---

10) Das von Hufeland, Lehrb. d. Civilr. §. 172, c, gegebene Verzeichniß der ausgenommenen Fälle ergiebt dieses. S. auch Thibaut System §. 28. und *Malblanc*, Pr, J. Rom. §. 278.

nachdem er zuvor bemerkt hat, wie den Minderjährigen und in gewissen Fällen den Weibern die Unkunde des Rechts unnachtheilig sey, «Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labes ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit; ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod accipiendum est.»

5. Geht man von diesen Grundsätzen aus, so muß eine jede Verzichtleistung auch der Weiber für gültig angenommen werden, welche ihren Gegenstand bezeichnet, selbst wenn eine Belehrung der Entsagung nicht vorhergegangen seyn sollte. Denn enthält die Bezeichnung eine vollständige Andeutung der Rechtszuständigkeit, worauf der Verzicht gerichtet ist; so liegt die Belehrung schon darin. Und wenn sie die hinreichende Erläuterung an sich nicht gewährte; so gab sie wenigstens eine genügende Veranlassung, die mangelhafte Kenntniß von Andern ergänzen zu lassen, und setzte die verzichtende Frauensperson, wenn sie solche Aufklärung sich zu verschaffen unterließ, in den Fall des angeführten L. 9. §. 3. D. de iur. et facti (XXII, 6), sich der Befugniß verlustig gemacht zu haben, die Rechtsunkunde für sich anzuführen.

Die Praxis, welche eine vollständige Belehrung zur Gültigkeit der Entsagung auf die im Sct. Vellejanum und der Auth. Si qua mulier gegründeten Rechtsbefugnisse erfordert, ist bloß auf diesen Fall zu beziehen und kann, weil sie die allgemeinen Grundsätze modificirt, nicht auf alle Verzichtungen angewendet werden.

6. In einer, bei dem gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel im Mai 1817 entschiedenen Rechtssache kamen diese Grundsätze in Anwendung. Es ward über die Gültigkeit eines Leibrentenvertrages gestritten, welchen ein Frauenzimmer abgeschlossen hatte, und derselbe unter andern auch wegen Verletzung über die Hälfte angegriffen. Da jedoch die Urkunde die gewöhnliche Formul, über Verzichtung auf die dem Vertrage entgegen zu setzenden Einreden und Rechtswohlthaten, so ausgedrückt enthielt: «Beide Theile »entsagen wissentlich und wohlbedächtlich allen ihnen ge»gen den abgeschlossenen Leibrentencontract zukommenden »Einreden und Rechtswohlthaten, insbesondere — — — »der Verletzung über die Hälfte u. s. w.», so ward jene Rescission verworfen. Folgendes sind die, dieses Punkts wegen, dem Urtheile hinzugefügten Entscheidungsgründe.

«Ist es gleich ein unbestrittenes Rechtsaxiom, daß die Renunciation eines dem Renuncianten unbekannten Rechts, wesentlich nichtig sey; so enthält der hier gebrauchte Ausdruck «Verletzung über die Hälfte» eine Erklärung des Gegenstandes der Entsagung, und ein Mehreres kann nicht erfordert werden, da die Erblasserin der Appellanten großjährig und sui iuris war. Wenn eine Entsagung nicht ad incogitata gezogen werden soll: (L. 19. D. de inoff. test. L. 8. de hered. petit.) so ist dieses von dem vorliegenden Falle verschieden, da die hier gewählten Ausdrücke eben als cogitatum die L. 2. C. de resc. vend. enthielten; und wenn die Verstorbene

bei jener Clausel nichts Deutliches gedacht haben sollte, die Folgen nur ihr allein beigemessen werden können.»

In dem gedachten Erkenntnisse ward zugleich die Frage entschieden,

in welcher Maaße Verträge zwischen einem Sachführer und seinem Clienten zu Rechte bestehen? und über den eigentlichen Sinn der L. 6. §. 2. C. de postulando (II, 6.)

und dabei die, im 1sten Theile dieser Abhandlungen Nr. III, S. 155 flg. entwickelten Grundsätze angewendet.

VI.

Verschickung der Akten bei den gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichten. Deutsche Bundesakte, Art. 12.

Die Verschickung der Akten, mit Recht als ein Palladium deutscher Freiheit und das bewährteste Sicherungsmittel gegen den Einfluß der Macht, des Ansehns und der Präjudizien betrachtet, ist bekanntlich nur als ein Surrogat der Appellation für solche Fälle eingeführt worden, die ihres Betrages oder ihrer Natur wegen, nicht an die höhern Gerichte gebracht werden konnten [1]. Wirklich ist die Aktenverschickung auch mit der Bestimmung der höchsten Gerichte, durch die Aufstellung eines sichern Rechts in einer gleichförmigen

---

[1]) Reichsabschied von 1654. §. 113.

Entscheidung streitiger Rechtsfragen einem drückenden Mangel der Gesetzgebung abzuhelfen, eben so unvereinbar, wie sie die Errichtung solcher Gerichte, wenn sie auch in letzter Instanz Statt finden soll, überflüßig macht, indem die Leitung der Verhandlungen, welche in dritter Instanz selten eine Schwierigkeit darbietet, unbedenklich dem beschwerenden Gerichte anvertraut werden kann.

Der Art. 12. der deutschen Bundesakte verordnet, daß nur Staaten mit einer Volksmenge von wenigstens 300,000 Seelen für sich allein Gerichte dritter Instanz sollen errichten können, kleinere Staaten aber zu einem gemeinschaftlichen obersten Gerichte sich vereinigen müssen; erhält jedoch die bereits angeordneten Gerichte dieser Art in solcher Eigenschaft, sofern sie sich in Staaten nicht unter 150,000 Seelen befinden. Bei den solchergestalt errichteten gemeinschaftlichen obersten Gerichten soll die Aktenverschickung nachgesucht werden können.

Die Anwendung dieser Bestimmung auf das Oberappellationsgericht in Wolfenbüttel kam bald nach dessen Verwandlung in ein gemeinschaftliches oberstes Gericht zur Sprache, und ward in mehreren Sachen verneinend entschieden. Die Gründe, aus welchen das Gericht die Aktenverschickung für unzulässig erklärt hat, sind folgende.

»Die deutsche Bundesakte verordnete im Art. 12: »In den Staaten von solcher Volksmenge (unter »300,000 Seelen), wo schon jetzt dergleichen Gerichte »dritter Instanz vorhanden sind, werden jedoch diese

»in ihrer bisherigen Eigenschaft erhalten, »wofern nur die Volkszahl, über welche sie sich erstre»cken, nicht unter 150,000 Seelen ist.« Da nun das Herzogthum Braunschweig bereits ein Gericht dritter Instanz in der vormaligen Appellationscommission besaß, auch eine Bevölkerung von mehr als 200,000 Seelen enthält; so war es nicht verpflichtet ein gemeinschaftliches höchstes Gericht nach dem Sinne der Bundesakte zu errichten. Ob nun wol nach der Anzeige des herzoglich braunschweigischen Gesandten am Bundestage (s. Protokolle der deutschen Bundesversammlung, 1ster Band, Seite 264) die herzogliche braunschweigische Regierung zu dem erfolgten Beitritte der fürstlichen Häuser Waldek und Pyrmont, Lippe und Schaumburg-Lippe zu dem bereits bestandenen Gerichte dritter Instanz sich bereitwillig erklärt hat; so ist dennoch dessen bisherige Eigenschaft vermöge welcher, nach bestehenden Gesetzen, bei solchen keine Verschickung der Akten Statt findet, nicht verändert worden, sondern vielmehr nach der ausdrücklichen Bestimmung der Bundesakte dieselbe geblieben.«

Der Bundestag hat in der Folge, in der 58sten Sitzung am 22. December 1817, die Richtigkeit dieser Ansicht anerkannt und ein Gesuch verworfen, welches auf Erhaltung der abgeschlagenen Aktenversendung gerichtet war [2]). Obwol dieser Ausspruch nur auf das Herzogthum Braunschweig bezogen ist, weil die Par=

---

[2]) Bundestagsprotokolle, Bnd. IV, S. 104 flg.

theien demselben unterworfen waren, so dürfte er auch bei Sachen aus den andern vereinigten Fürstenthümern anwendbar seyn, sofern besondre Verordnungen nicht ein Andres vorschreiben. Denn der Beitritt dieser Fürstenthümer konnte dem Gerichte die Natur einer schon bestandenen Behörde, und die davon abhängenden auch den Beitretenden zukommenden Rechte nicht nehmen.

VII.

Von der Wirkung der Einrede mehrer Stupratoren gegen die Alimentenklage aus einem außerehelichen Beischlafe.

Die Streitfragen wegen der Verbindlichkeit aus einem außerehelichen Beischlafe sind so vielfältig erörtert worden, daß eine abermalige Bearbeitung dieses Gegenstandes überflüßig seyn würde [1]).

Da die Präjudize der obersten Gerichte jedoch die Praxis befestigen, so werden hier zwei Erkenntnisse der herzogl. braunschw. vormaligen Appellationscommission am rechten Orte stehen; wodurch die Einrede mehrer

[1]) v. Quistorp, Grundſ. des peinl. R. §. 482. G. J. F. Meister, pract. Bemerkung. 1. Nro. 15. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterung. II, 59. Geiger und Glück, Rechtsstr. II, 24.

Stupratoren verworfen und zugleich die Rechtsvermuthung der Vaterschaft aus der Geburt binnen des gesetzlichen Zeitraums analogisch auf außereheliche Schwängerungen angewendet ward.

Das Gericht gab in Sachen Cassel c. Friedrichs am 28. Juni 1816 folgende Entscheidungsgründe:

»Weil die Grundsätze des römischen Rechts von dem Beweise der Vaterschaft durch eine gesetzliche Vermuthung aus der Geburt des Kindes binnen eines gewissen Zeitraums seit dem Beischlafe, nach einer festbegründeten Praxis, auf die außer der Ehe erzeugten Kinder angewendet werden; hiernach aber die exceptio plurium concumbentium in solcher Beziehung, indem sie die bloße Möglichkeit, daß ein Andrer Vater sey darlegt, jedoch den Gegenbeweis jener gesetzlichen Vermuthung keineswegs beschafft, eine Rücksicht nicht verdienen kann; zumal der favor alimentorum einer Seits, mit einer unrechtfertigen Handlung andrer Seits in Fällen dieser Art noch hinzutritt.«

Und in Sachen Neddermeyer c. Meyer am 22. Oct. 1816:

»Weil die Klage, welche auf die Alimentation eines außer der Ehe erzeugten Kindes gerichtet, nur in der präsumtiven Vaterschaft gegründet ist; diese Vermuthung aber durch die Einrede, daß die Mutter des Kindes zu gleicher Zeit außer dem in Anspruch genommenen Vater, mit einem Andern fleischlich sich vermischt gehabt, nicht elidirt wird; inmaaßen die daraus hergeleitete Ungewißheit der Vaterschaft, nach der Natur des Beweises der Einrede, keinen directen Gegenbeweis

begründet; hiernächst auch die peremtorischen Exceptionen nur dann die Wirkung der Klage entkräften, wenn sie nicht durch die Replik aufrecht erhalten wird, der obgedachten Einrede hingegen die Replik entgegen steht, daß nicht nur diese Ungewißheit durch die eigene Handlung desjenigen, welcher in dieser Exception sich fundirt, mit bewirkt, sondern daß diese auch die Eigenschaft eines Delicts hat (herzogl. braunschw. Verordn. vom 3. Jan. 1593) socii delicti aber in solidum haften.«

VIII.

Ueber die Rückforderung des sechsten Zinsthalers, zumal in Fällen, wo die Verzinsung unter der Herrschaft des Gesetzbuchs Napoleons bedungen und geschehen ist.

---

1. Der Coder Napoleon, welcher in einem großen Theile Deutschlands geraume Zeit hindurch Gesetzkraft gehabt hat, verordnet im Art. 1907: »Die vertragmäßigen Zinsen können in allen Fällen, wo das Gesetz solches nicht verbietet, die gesetzlichen übersteigen;« eine Bestimmung, deren gewöhnliche Auslegung, in Verbindung mit der in jener Zeit eingetretenen Unsicherheit, eine vielfältige Erhöhung des Zinsfußes bei den damals eingegangenen Darlehnsverträgen veranlaßt hat.

Nach der Herstellung der vaterländischen Rechte wird oft in den Gerichten die Frage verhandelt: inwiefern die, über den gemeinrechtlichen Zinsfuß hinaus, in jener Zeit bedungenen und bezahlten Zinsen gegenwärtig zurückgefordert werden können?

In Frankreich waren die ältern gesetzlichen Bestimmungen, welche den Zinsfuß auf 5 und 6 vom Hundert festsetzten, durch das Gesetz vom 30. Ventose XI. aufgehoben und also bei Promulgation desjenigen Abschnittes des Cod. Nap., worin jener Art. 1907 enthalten ist, nicht mehr vorhanden [1]). Erst am 3. Sept. 1807 erging über diesen Gegenstand die Verordnung, welche der Cod. Nap. Art. 1907 gleichsam vorbehalten hatte, und bis dahin konnte in Frankreich und wo die französische Gesetzgebung in ihrem ganzen Umfange galt auf Reduction oder Rückzahlung vertragmäßiger Zinsen nicht erkannt werden [2]). In den Ländern, woraus das Königreich Westfalen zusammengesetzt war, trat ein anderes Verhältniß ein. Jenes französische Gesetz vom 3. Sept. 1807 ist darin nicht eingeführt gewesen, und da das königl. Decret vom 21. Sept. 1808, wodurch das Gesetzbuch Napoleons für Westfalen in Kraft gesetzt war, die Aufhebung des früher bestandenen Rechts

---

1) Diese Promulgation geschah nemlich am 28. Ventose XII. Ueber die Geschichte dieser Gesetzgebung in Frankreich, S. Bavoux et Loiseau Jurisprudence du C. Nap. T. IX. p. 278. und Zachariä, franz. Civ.R. §. 327. flg.

2) Sirey, Recueil géneral etc. 1812. I, p. 209 sq.

auf das eigentliche Civilrecht im strengsten Sinne beschränkte, so blieben die Straf= und Polizeigesetze in ungeschwächter Wirkung. Hiernach, und weil der Cod. Nap. Art. 1907 ausdrücklich gesetzliche Bestimmungen über den Zinsfuß neben sich duldet, mußte das gemeine und örtliche Recht über das Zinsmaaß, die Verbote übermäßiger Zinsen, und überhaupt alle den Wucher betreffende Gesetze ferner gültig erachtet werden. Es kommt also, bei Entscheidung der aufgeworfenen Frage, die französisch westfälische Gesetzgebung jetzt sowenig wie damals in Anwendung, und kann die Entscheidung allein aus den gemeinrechtlichen und provinciellen gesetzlichen Bestimmungen hervorgehen.

2. Der bekannte, so oft durchgefochtene Streit über den 6ten Zinsthaler [3]) bekommt in denjenigen Ländern, welche vormals zum niedersächsischen Kreise des deutschen Reichs gehörten, eine bestimmtere Richtung. Denn obwol es nicht bezweifelt werden kann, daß der jüngste Reichsabschied von 1654, §. 170 — 175 nur die, im osnabrückschen Friedensinstrumente, Art 8. §. 5. »De indagauda caet.« vorbehaltene Gesetzgebung zum Besten der durch den dreißigjährigen Krieg verarmten Schuldner aufstellt, also nur eine vorübergehende Tendenz gehabt hat, man daher in Ermangelung andrer bestimmter Vorschriften auf die Verordnung des römischen

---

[3]) S. Hufeland, Beiträge I, Nro. 2. und Danz, Handb. des deutsch. Priv.R. §. 204. ꝛc.

Rechts zurückgehen müßte, woselbst sechs vom Hundert die Regel bilden[4]); so giebt der niedersächsische Kreisschluß vom 4. Dec. 1654 jener Verordnung eine größere Ausdehnung. In dem Abschnitte, »die Abführung der »Capitalien und Zinsen betreffend,« bringt er nemlich die §. 170 — 175 des J. R. Abschn. nicht nur zur allgemeinen Kenntniß und schärft deren Beobachtung allen Unterthanen der Kreisstände nochmals ein, sondern er enthält am Schlusse die Worte: »Als auch die Reichs»constitutio die Zinsabstattung auf 5 pro cento redigi»ret, wird in allen und jeden der Städte, Gebieten »und Gerichten, sowol der künftig noch ausleihenden, »oder sonst in creditum kommenden Capitalien, als der »vorigen halber, inmaaßen es bei dem Reichstage keine »andere Meinung gehabt, darüber nicht unbillig fest ge»halten. Die Städte des niedersächsischen Kreises haben hier, gleichsam durch eine authentische Erklärung und auf eine, für ihre Unterthanen offenbar verbindende Weise, die Bestimmung des J. R. Abschn. auf künftige Schuldverhältnisse ausgedehnt, und es ist hiermit also für Niedersachsen der Zinsfuß in der Regel auf fünf vom Hundert festgesetzt worden. Eine Folge hiervon ist, daß mehr an Zinsen zu nehmen nicht erlaubt ist, und daß das darüber Bezahlte am Hauptstuhl abgezogen oder zurückgefordert werden kann. Denn das Gesetz hat die Verbindlichkeit aus dem Vertrage für un-

---

4) L. 26. C. de usuris (IV, 32.)

gültig erklärt, und die Annahme höherer Zinsen als eine gesetzwidrige Handlung bezeichnet.

---

3. Diese Grundsätze sind vom hiesigen Oberappellationsgerichte durch ein Urtheil vom 15. Jul. 1817 in Anwendung gebracht.

Es war nemlich im Jahre 1811 im Braunschweigschen ein Capital von 10,000 Rthlr. angeliehen und dafür eine Verzinsung von 6 vom Hundert bedungen worden. Nach diesem Fuße waren die Zinsen abgeführt und das Capital selbst berichtigt, als der Schuldner auf Rückzahlung des sechsten Zinsthalers klagbar ward. In der Mittelinstanz war, mit Aufhebung des ersten den Beklagten freisprechenden Urtheils, dem Klagantrage gemäß erkannt worden, und diesen Ausspruch bestätigte das oberste Gericht mit folgenden Entscheidungsgründen.

„Obwol der jüngste Reichsabschied in den Art. 170 — 175 nur die, beim westfälischen Friedensschlusse vorbehaltenen Verfügungen zur Erleichterung der durch den dreißigjährigen Krieg heruntergekommenen Schuldner enthält, und also ein allgemeines Gesetz über den Zinsfuß keineswegs aufstellt, die Praxis der ehemaligen Reichsgerichte über den sechsten Zinsthaler und besonders über dessen Rückforderung auch schwankend geblieben, um so weniger mithin über diesen Punkt ein gemeines Gewohnheitsrecht in Deutschland begründet worden ist; so steht es doch nach dem Provincialrechte des

Herzogthums Braunschweig fest, daß Zinsen über fün vom Hundert nicht genommen und, falls sie bezahlt sind, am Hauptstuhle abgerechnet, oder als gesetzwidrig zurückgefordert werden können. Denn der niedersächsische Kreisschluß vom 4. Dec. 1654 drückt in dem Abschnitte: »Als auch die Reichsconstitutio ꝛc.« den Willen der Stände klärlich dahin aus, daß in Zukunft über fünf vom Hundert nicht genommen, »die Zinsabstattung auf 5 pro cento redigiret« werden sollen und erklärt den Reichsabschied ausdrücklich in dieser Maaße. Dieser, für das hiesige Land authentischen Auslegung jenes Reichsgesetzes muß also die obstehende Doctrinelle desselben hier nachstehen, und da die Gesetzkraft der angeführten Stellen, sowol des Reichsabschiedes als des Kreisbeschlusses, an sich und durch die Aufnahme in die, der Hofgerichtsordnung angehängte Verordnungssammlung außer Zweifel ist; so findet sich dadurch jener Grundsatz gesetzlich begründet, und die Verordnung vom 3. Nov. 1617 modificirt.«

»Die spätern, für die Stadt Braunschweig ergangenen Verordnungen vom 6. Dec. 1667, vom 8. Nov. 1698 und vom 20. März 1717 bekunden ferner, obwol sie nur Localbestimmungen aufstellen, daß in dem hiesigen Lande der sechste Zinsthaler für in der Regel verboten angesehen und dessen Condiction gestattet ward, und nach den Zeugnissen der einheimischen Schriftsteller, — Leyser, Med. ad D. sp. 245, m. 4 und A. P. Frick, D. de indebitum solvente per ignorantiam J. C. ad indeb. cond. ad mittendo, Helmstad. 1778. §. 18. — haben die obern Landesgerichte unwandelbar in der

Maaße erkannt, eine Praxis, welche sich auch in der neuern Zeit stets erhalten hat.«

»Der gegenwärtige Rechtsstreit ist nun zwar nach den zur Zeit des Königreichs Westfalen geltenden Rechten zu beurtheilen, da der Darlehnsvertrag, vermöge dessen die zurückgeforderten Zinsen entrichtet worden sind, damals eingegangen, die Zinszahlung auch größtentheils unter solcher Gesetzgebung geschehen ist. Allein es hat dieses auf die Entscheidung der Sache keinen Einfluß, weil das vaterländische Recht über den Zinsfuß und den Wucher damals in Kraft geblieben war. Der Cod. Nap. schließt zwar im Art. 1906 die Rückforderung freiwillig gezahlter Zinsen aus. Es bezieht sich dieses aber bloß auf den, aus solcher Zahlung abzunehmenden stillschweigenden Vertrag, welcher den Mangel einer ausdrücklichen Uebereinkunft zu Begründung eines Rechts auf Zinsen ersetzen soll, und es bleibt demnach die stillschweigende Vereinbarung, wie die ausdrücklich eingegangenen dem, im nächstfolgenden Art. 1907 enthaltenen Vorbehalte untergeordnet, daß nemlich vertragsmäßige Zinsen ein gesetzliches Verbot nicht überschreiten dürfen. Indem nun dieser letzte Art. eine Gesetzgebung über den Zinsfuß neben sich bestehen läßt, kann die Einführung des Cod. Nap. die vaterländischen Rechte über diesen Gegenstand nicht aufgehoben haben, und zwar um so weniger als diese Bestimmungen nicht allein zum bürgerlichen Rechte, sondern zugleich zur Polizei- und Strafgesetzgebung gehören, welche bekanntlich dem Cod. Nap. fremd und zu westfäl. Zeit unverändert geblieben ist.«

„Eine Rückforderung gesetzwidrig erhobener Zinsen findet, als allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend, weil in solchem Falle jede Verbindlichkeit aufgehoben und die Annahme der Zinsen als eine verbotene Handlung erscheint, selbst unter Herrschaft des Cod. Nap. Statt. Ueberdem muß die vorliegende Klage in dieser Hinsicht, nach dem wiederhergestellten gemeinen Rechte beurtheilt werden; weil zwar die Frage: ob Zinsen einem Verbote zuwider bedungen und erhoben sind, nach den zur Zeit des Vertrages und der Annahme bestandenen Gesetzen zu entscheiden ist; die Condiction selbst aber in der Gesetzgebung gegründet seyn muß, unter welcher sie angestellt ward. Die Zuständigkeit einer condictio, nicht indebiti weil keine Zahlung aus Irrthum vorliegt, wol aber ex iniusta vel sine causa kann hiernach nicht bezweifelt werden, und ist den Bestimmungen des römischen Rechts gemäß. L. 5. C. de Legibus. L. 26. §. 1. C. de usuris.“

IX.

Beitrag zur Lehre von vergeltenden Schenkungen.

---

1. Läßt sich der vielfältige Unterschied, welchen die mehrsten Rechtslehrer zwischen gewöhnlichen und vergeltenden Schenkungen annehmen [1]), aus dem römischen Rechte wirklich ableiten; oder beschränkt sich derselbe darauf, daß die bloße Uebergabe bei einer vorhandenen Ursache einer Vergeltung als Schenkung angesehen werden muß, und deshalb zur Uebertragung des Eigenthums genügt; so wie daß solche Vergeltungen auch unter Personen bestehen, die sonst einander keine Schenkungen machen können [2])?

---

[1]) *Leyser*, Med. ad Pand. Sp. 436. *Malblanc*, Princ. iur. rom. §. 791. Thibaut, System ꝛc. §. 910. u. a. m.

[2]) Hufeland, Lehrb. §. 546 u. d. das. angef. Schriftst.

Die Römer verstehen unter Schenkung eine jede Gabe, welche nicht in Beziehung auf ein Zwangsrecht ertheilt wird. Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur, sagt Papinian in L. 29. pr. D. de donationib. (XXXIX, 5.) und auf gleiche Weise bestimmt Marcian in L. 214. D. de verb. sign. (L, 16.) den Begriff von donum im Gegensatze von munus. Munus proprie est, heißt es daselbst, quod necessarie obimus, lege, more, imperiore eius, qui jubendi habet potestatem. Dona autem proprie sunt, quae nulla necessitate iuris, officii, sed sponte praestantur; quae, si non praestentur, nulla reprehensio est, et si praestentur, plerumque laus inest. Nach diesem Begriffe muß, mit jeder freiwilligen Belohnung, auch namentlich das Honorar hierher gerechnet werden[3]), und es stehet diesem nicht entgegen, daß ein solches zuvor versprochenes Ehrengeld mit der aus dem Hauptgeschäfte entspringenden Klage erstritten werden könne[4]), weil der die Gegengabe zusichernde Vertrag hier als pactum adiectum zu betrachten ist. Obwol also eine

---

[3]) *Pufendorf*, Obs. jur. II, 2. §. 7 et 8.

[4]) L. 6. pr. D. Mandati (XVII, 1.) „Si remunerandi gratia honos intervenerit, erit mandati actio." Dieses Fragment kann nemlich nicht nur die Wirkung einer voraus ertheilten Belohnung in Ansehung der actionis mandati directae, sondern auch diejenige einer versprochenen Vergeltung in Beziehung auf das deshalb zukommende Klagrecht, actio mandati contraria, andeuten.

Erwiderung solcher Leistungen, welche einen Ersatz einzuklagen an sich nicht gestatten, eben weil eine freiwillige Handlung, eine Freigebigkeit dabei zum Grunde liegt, den Schenkungen hinzugerechnet werden muß; so unterscheidet sich dieselbe auf der andern Seite von den gewöhnlichen Schenkungen dadurch, daß sie in der Ueberzeugung des Schenkenden, zu einer Gabe verpflichtet zu seyn, sich gründet und diese Ueberzeugung für denselben die Wirkung eines positiven Gesetzes hervorgebracht, nemlich die an sich unvollkommene Verbindlichkeit einer Zwangspflicht gleichgesetzt hat. Das ist es, was die Römer damit ausdrücken, daß sie eine solche Schenkung nur für uneigentlicher Weise so genannt erklären; non meram donationem esse, wie L. 27. D. donationibus, (XXXIX, 5.) sagt.

2. Diese Ansicht rechtfertigt denn wo nicht alle, doch die mehrsten der aufgestellten Abweichungen der remuneratorischen von den gewöhnlichen Schenkungen.

Der Grundsatz: numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur, welchen L. 31. D. de aquirendo rerum dominio (XLI, 1.) ausspricht, verhindert nemlich nicht, daß die Uebergabe einer Sache unter Umständen, wo eine Vergeltung erhaltener Wohlthaten denkbar ist, das Eigenthum übertragen könne, weil der Grund dazu (justus titulus) eben in der vorhergegangenen Wohlthat zu setzen ist. Die Gesetze halten daher eine solche Uebergabe

aufrecht, weil sie dabei eine vergeltende Schenkung voraussetzen [5]).

3. Desgleichen besteht eine solche Schenkung unter Personen, welche sonst nicht schenken dürfen; denn der Grund des Verbots, nemlich die Gefahr der Ueberredung, Verarmung, Verkürzung anderer gleich berufener Personen, fällt hinweg, wo der Ersatz vorhergegangen ist, oder erwartet werden kann. Dieses tritt bei gegenseitigen, oder vergeltenden Schenkungen unter Eheleuten ein [6]), und wird auch mit Recht auf diejenigen bezogen, welche Vater und Sohn einander machen [7]).

Daß eine vergeltende Schenkung nicht gleich den gewöhnlichen widerrufen werden könne, folgt aus ihrer Natur, indem sie aus einem Pflichtgefühle hervorgegangen ist, und Niemand zurücknehmen darf, was er als Schuld ohne Irrthum geleistet hat. Das römische Recht verordnet dieses ausdrücklich [8]), und es würde

---

[5]) L. 12. §. 8. D. Mandati (XVII, 1.) L. 26. pr. D. de condict. indeb. (XII, 6.) L. 8. D. In quib. caus. pign. tac. (XX, 2.) Der Fall, dessen L. 53. D. de reg. Jur. (L, 17.) gedenket, gehört nicht hieher, weil daselbst eine Uebergabe aus einem ausgedrückten, aber irrigen Grunde vorausgesetzt wird.

[6]) L. 7, §. 2. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV, 1.)

[7]) arg. L. 15. C. de collat. (VI. 20.) vergl. mit L. 6. C. de bon. quae lib. (VI, 61.)

[8]) L. 34, §. 1. D. de donation. (XXXIX, 5.)

der Widerruf überdem dabei wegfallen müssen, da die gesetzlichen Ursachen desselben auf solchen Fall nicht passen, eine Undankbarkeit nicht anzunehmen steht, wo nur eine Vergeltung eingetreten, eine wirkliche Freigebigkeit aber nicht vorhanden ist. Der Widerruf ist nemlich streng an die gesetzlichen Ursachen gebunden und, wo diese nicht vorhanden sind, unstatthaft[9]).

4. Die besondere Natur der remuneratorischen Schenkung steht mit der Eintragung in die gerichtlichen Akten keineswegs im Widerspruche. Zwar stellt hier die Ansicht des Schenkenden die unvollkommene Verbindlichkeit einer Zwangspflicht der Wirkung nach gleich; allein dennoch bleibt die Gegengabe eine Schenkung und der allgemeinen Verordnung über die Insinuationen derselben um so mehr unterworfen, als das Gesetz einige Ausnahmen ausdrücklich zuläßt, unter welchen sich aber diese Art der Schenkungen nicht befindet[10]) Den Uebereilungen und unvorsichtigen Verschleuderungen mag der Gesetzgeber freilich durch diese Anordnung haben vorbeugen wollen; aber das Gesetz schließt durch klare Bestimmtheit jede Auslegung nach dem Grunde seiner Verordnung und der Absicht des Gesetzgebers aus, und es ist daher hier unerheblich, daß jene Nachtheile bei Re-

---

[9]) L. ult. C. de revocandis donationibus (VIII, 56.)

[10]) L. ult. C. de donationibus (VIII, 54.) „— Caeteris etiam donationibus quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, *sine aliqua distinctione* usque ad quingentos solidos valituris.“

munerationen weniger zu befürchten sind. Ueberdem liegt zugleich Vermeidung von Verkürzung dritter Personen und betrüglicher Entstellung oder Unterschlagung der über solche Schenkungen aufgenommenen Urkunden in der Absicht des Gesetzgebers [11]), und dieser Grund paßt gewiß auch auf jene Schenkungen.

5. Von den Verzugszinsen sagt Modestin in L. 22. D. de donationibus (XXXIX, 5.): Cum qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est; maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur. Und obwol jetzt alle Verträge den contractibus bonae fidei gleichgesetzt werden; so besteht der Hauptgrund dieses Gesetzes, die Billigkeit nemlich, noch gegenwärtig [12]). Allein er tritt nur bei eigentlichen Schenkungen, nicht aber bei den vergeltenden ein. Denn bei diesen liegt das Anerkenntniß einer Verpflichtung zum Grunde, und der Schenkende begeht keine Handlung der Freigebigkeit, sondern der Billigkeit nach seiner eignen Ansicht. In=

---

11) L. 27. C. eod. *Pufendorf*, Obs. iur. I. 18. Hufeland, Lehrb. §. 546.

Der Grund, welchen *Leyser*, Med. ad D. Sp. 436. m. 1. wider diese Meinung aus L. 34. §. 1. D. de donat. (XXXIX, 5.) anführt, bedarf keiner Widerlegung, da die Schenkungen wegen ermangelnder Insinuation nicht widerrufen, sondern nur reducirt werden können.

12) *Pufendorf*, Obs. iur. II, 73.

dem also von ihm nur geschah, was inneres Pflichtgefühl gebot, von Seiten des Beschenkten auch Wohlthaten vorhergegangen waren, die solche Erkenntlichkeit begründen konnten, fällt die Ursache hinweg, aus welcher das Gesetz Verzugszinsen bei Schenkungen unstatthaft erklärt. Es paßt diese Bestimmung, welche eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkungen des Verzuges aufstellt und also strenge zu nehmen ist, nur auf eigentliche Schenkungen, keinesweges aber auf diejenigen, welche sich von denselben eben dadurch unterscheiden, daß sie keine Handlungen bloßer Freigebigkeit sind.

6. Von der Rechtswohlthat der Competenz gilt dasselbe. Die Gesetze nemlich, welche sie dem Schenkenden ertheilen, haben eigentliche Schenkungen, eine wirkliche Freigebigkeit vor Augen. Sie gründen sich in der besondern Ursache der Verbindlichkeit [causam enim et originem constitutae pecuniae, non judicii potestatem praevalere placuit, sagt Hermogeniam in L. 33. pr. D. de donationibus (XXXIX, 5.)] und betrachten diese als eine bloße Freigebigkeit, wie Paulus in L. 49, in fine D. de re iudic. (XLII, 1.) andeutet: pinguius enim donatori sucurrere debemus, quam ei qui verum debitum persolvere compellitur, und Tryphonin in dem gleich folgenden Fragmente (L. 50. eod.) dahin erläutert: ne liberalitate sua inops fieri periclitetur. Geht nun bei vergeltenden Schenkungen die unvollkommene Verbindlichkeit in eine Zwangspflicht über, und wird also eine wirkliche Schuld, verum debitum, durch dieselbe begründet; ist bei die-

sen Schenkungen der Charakter einer Freigebigkeit nicht anzutreffen; so kann auch jene Verordnung auf dieselben nicht bezogen werden.

7. Die Evictionsleistung findet bei Schenkungen aus der Natur des Geschäfts, nemlich ohne einen besondern Grund nicht Statt[15]; allein auch dieser Grundsatz kann nur auf die eigentlichen Schenkungen, nicht aber auf remuneratorische angewendet werden. Denn der Schenkende handelt hier vermöge einer für verpflichtend angenommenen Verbindlichkeit, und verspricht eine Leistung, welche unter diesen Umständen eine Art der Zahlung, nicht aber eine bloße Freigebigkeit enthält; er bezweckt und verspricht überdem die Uebertragung eines dinglichen Rechts. Es begründet aber dieser letzte Umstand die Anwendbarkeit der allgemeinen Regel von der Verbindlichkeit zur Gewährleistung, indem zugleich die vorbemerkte unterscheidende Eigenschaft der vergeltenden Schenkungen die in Hinsicht auf die Gewährleistung bei den eigentlichen Schenkungen gemachte Ausnahme hier als unstatthaft darlegt.

8. Schenkungen, welche aus einem vorhergegangenen Beweggrund, ob causam, gegeben sind, können nicht als eine Nichtschuld zurückgefordert werden, wenn gleich jener Grund nachmals irrig befunden wird. Denn sie bleiben Schenkungen und Handlungen, die nicht aus einem irrig angenommenen Zwangsrechte hervorgin-

---

15) L. 18. §. 3. D. de donation. (XXXIX, 5.) L. 2. C. de evictionibus (VIII, 45.)

gen[14]. Ferner liegt in der Natur der Sache, daß bei vergeltenden Schenkungen eine Gleichheit zwischen den gegenseitigen Leistungen, wie bei Preis und Waare, nicht erfordert werden kann[15]. Dennoch ist hier ein Unterschied zwischen demjenigen, was zu der vergoltenen Wohlthat in einigem Verhältnisse steht, und demjenigen anzunehmen, was dieses Verhältniß offenbar überschreitet. Nur jenes ist als remuneratorische Schenkung zu betrachten, und das Uebermaaß nach den Grundsätzen von den eigentlichen Schenkungen zu beurtheilen. Wenn also eine unverhältnißmäßige Wiedervergeltung auf dem Wege der Schenkung Statt gefunden hat, so muß ein Widerruf wegen Undankbarkeit, eine Klage auf Verzugszinsen und Gewährleistung, und die Rechtswohlthat der Competenz nach einer von dem Richter vorzunehmenden Ermäßigung zum Theile zugelassen, zum Theil aber verweigert werden; nachdem die Schenkung nach Maaßgabe der vorhergegangenen Wohlthat als remuneratorische, oder als gewöhnliche Schenkung, als Handlung reiner Freigebigkeit angesehen werden kann[16].

9. Eine Folge hiervon ist, daß das Daseyn von Wohlthaten, welche der Beschenkte dem Schenkenden erwiesen hat, ein Gegenstand einer gerichtlichen Ver-

---

[14]) L. 52. et 65, §. 2. D. de cond. indeb. (XII, 6.)

[15]) *Behmer*, Nov. Jus controversum II, 123.

[16]) *Leyser*, Med. ad Pand. Sp. 436, m. 6.

handlung werden kann. Der in solchem Falle nöthig werdende Beweis wird nach den bekannten Grundsätzen von der Beweislast bald dem Schenkenden, bald dem Beschenkten aufzulegen seyn, und es versteht sich, daß das Bekenntniß empfangener Wohlthaten von Seiten des Schenkenden wenigstens gegen diesen Beweiskraft haben muß, sobald es die Erfordernisse eines Geständnisses, die nöthige Bestimmtheit nemlich hat; wozu übrigens keine genaue Bezeichnung der Thatsachen erforderlich seyn kann [17]). Der Gegenbeweis wird dem Schenkenden nicht verweigert werden können, sofern er nemlich den Beweis seines Irrthums darlegt. Eine Wirkung hiervon wird dann wenigstens seyn, daß die Schenkung als eine gewöhnliche betrachtet werden muß, und den Charakter einer remuneratorischen verliert; welches sodann erhebliche, den Umständen nach zu bestimmende Folgen hervorbringt [18]).

---

17) L. 25. D. de probation. (XXII, 3.) L. 6. §. 1. D. de confess. (XLII, 2) c. 14. x. de fide instrum.

18) Vergl. übrigens v. Quistorp, Beiträge ꝛc. Nro. 55.

X.

Beiträge zur Lehre vom Oralfideicommiss. Inwiefern wird der Erbe durch dasselbe verpflichtet, wenn sein Miterbe bei der Errichtung nicht gegenwärtig gewesen? Beweis desselben. L. 25. D. de rebus dubiis (XXXIV, 5.)

---

1. Wenn unter mehreren gleich berufenen Intestaterben nur Einem derselben die Erklärung des Erblassers gemacht ist, welche ein Oralfideicommiß enthält; so wird die Wirkung einer solchen Verfügung bekanntlich bestritten, und bald angenommen, daß sie nur pro rata gelte[1]), bald aber einer allgemein gestellten Er=

---

[1]) *Leyser*, Med. Spec. 401. m. 2. *Rivinus*', Enunc. iur. T. 18. enunc. 7. *Berger*, oec. iur. II, t. 4. th. 33. not. 1.

klärung auch eine den abwesenden Erben verbindende Kraft beigemessen [2]). Diese Materie verdient ihrer practischen Wichtigkeit wegen eine genauere Erörterung.

Da die gesetzliche Erbfolge durch letztwillige Verfügungen des Erblassers verändert und selbst, wenn kein Notherbe vorhanden ist, gänzlich abgestellt werden kann; so mußte auch, Vermächtnisse dem gesetzlichen Erben aufzulegen, nachgelassen werden. Die Römer betrachteten nemlich solche, dem Intestaterben gemachten Auflagen, wegen der darin liegenden Bestätigung des Erbrechts, gleichsam als Begünstigungen, und wenigstens als geminderte Beschwerungen, weil der Erblasser demselben entweder das Ganze zu entziehen, oder Theilnehmer unter lästigern Bedingungen beizugesellen befugt war [3]). Diese Ansicht bewirkte unstreitig, daß diejenigen Vermächtnisse, welche mit der Benennung Fideicommiß bezeichnet wurden, zuerst ohne einige Förmlichkeit wirksam erachtet worden sind, indem die wegen derselben Verbindlichkeit bestehende öffentliche Meinung in die Gesetzgebung überging [4]). Die Fideicommisse,

---

[2]) *Müller* ad Leys. Obs. 626.

[3]) L. 8. §. 1. D. de iure codicillorum (XXIX, 7.) „Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem."

[4]) §. 1. J. de fideicomm. heredit. (II, 23.) L. 22. C. de fideicommissis (VI, 42.) L. 2. C. Comm. de Legat. (VI, 43.) Zachariä, Institutionen d. r. R. S. 600 flg.

welche hiernach anfänglich, wie §. 1. J. de fideic. hereddit. anführt, nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabatur bestanden, gingen auch nachmals aus der bloßen Aeußerung des Erblassers hervor, sofern diese auf eine ernstliche Weise gegen den Erben geschehen war; wie solches das Fragment des Celsus in L. 25. D. de rebus dubiis (XXXIV, 5,) beweiset: »Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto: cui ut dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus damnas esto. Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit de quo dixit, adimplenda est.« Die mündliche Bezeichnung des Vermächtnißnehmers soll nemlich wirksam seyn, ohne weitere Förmlichkeit, da doch übrigens jedes Codicill deren bedarf [5]). Es galt also schon vor Justinian der Grundsatz, daß das Fideicommiß gültig war, wenn derjenige, von dem es verlangt ward, damit beschwert zu seyn nicht leugnen konnte [6]), und die Verordnung dieses Kaisers in L. ult. C. de fideicommissis (VI, 42.) und §. 12. J. de fideicomm. hered. (II, 23.) enthält nur eine weitere Ausbildung desselben.

Die römische Gesetzgebung hatte übrigens in ihrer

---

5) Selbst das im Testamente bestätigte. L. 8. §. 3. C. de codicillis (VI, 36.) Thibaut, Syst. d. Pfandr. §. 783. Hufeland, Lehrb. d. röm. R. §. 1175. 2.

6) Hugo, Gesch. d. röm. R. (5te Ausg.) S. 561 und S. 597 *Plinius*, Epist. V. 10.

Entwickelung die Gültigkeit der letztwilligen Verordnungen, wie der testamentarischen so auch der codicillarischen, allmählig von mancherlei Förmlichkeiten abhängig gemacht, und da sie die ursprüngliche Einfalt des Fideicommisses nur in Ansehung derjenigen Verfügungen hat bestehen lassen, welche vom Erblasser mündlich dem Erben auferlegt werden; so muß dieses als eine Ausnahme von der Regel angesehen, und aus diesem Gesichtspunkte die Verordnung der angeführten Gesetze erklärt werden [7]).

Eine Folge hiervon ist, daß ein solches Fideicommiß nur demjenigen eine Verbindlichkeit auflegen kann, gegen den der Erblasser seine Willenserklärung geäußert hat [8]). Es deuten dieses die von dieser Art der letztwilligen Verfügungen handelnden Fragmente selbst an; indem nicht nur L. 25. D. de reb. dub. (XXXIV, 5.) den entschiedenen Fall so bestimmt: »Quem heredi meo dixero etc.« und die beiden angeführten, von Justinian unmittelbar sich herschreibenden Gesetzstellen ausschließlich von der Verpflichtung desjenigen reden, dem die Auflage unmittelbar gemacht worden ist; sondern selbst

---

[7]) *A. Th. Kind*, Quaest. forens. I, nro. 41. *Hofacker*, Princ. iur. civ. §. 1570.

[8]) Hierbei genügt es übrigens, wenn diese Aeußerung in des Erben Gegenwart, und so daß er solche hat hören können geschehen ist, ohne daß sie eben an denselben gerichtet werden müßte. L. 2. C. comm. de legat. et fideic. (VI. 43.) *Kind*, Quest. for. I. 42.

der Ausdruck »fidei heredis sui commissit,« und »fidem heredis elegerit,« dessen §. 12. J. cit. sich bedient, bei den hier vorliegenden mündlichen Willenserklärungen, die Sache auf eine Verabredung, auf einen durch wenigstens stillschweigend erklärte Uebernahme eingegangenen Vertrag zurückführt. Ueberdem wäre eine solche Aeußerung des Erblassers in Beziehung auf Abwesende nicht mehr, als ein Codicill und also, nach bekannter Bestimmung der Gesetze, von der Zuziehung der erforderlichen Anzahl von Zeugen in Ansehung seiner Wirksamkeit abhängig [9]. Indem nun der Abwesende in dem angenommenen Falle weder durch ein rechtsbeständiges Codicill, noch durch eine, wenigstens stillschweigend übernommene Auflage verpflichtet ist, so fehlt es an jedem Grunde der Verbindlichkeit in Hinsicht auf denselben, und obwol die Verfügung des Erblassers Kraft dessen Aeußerung gegen den gegenwärtigen Erben gültig ist, so bestehet dieser Grund ihrer Gültigkeit doch allein in Beziehung auf diesen Letzten und sie muß, soweit sie einen Abwesenden hat beschweren sollen, als nicht vorhanden angesehen werden. Das Oralfideicommiß verpflichtet also den abwesenden Erben oder Vermächtnißnehmer durchaus nicht.

2. In welcher Maaße wird aber derjenige durch ein solches Fideicommiß verbindlich, gegen welchen die Aeußerung persönlich geschehen ist; falls sie in allge-

---

[9]) L. 8. §. 3. C. de codicillis (VI, 36.)

meinen Ausdrücken gefaßt, oder ausdrücklich auf die gesammte Erbschaft bezogen, oder doch auf ein Erbstück gerichtet seyn sollte, welches dem Fiduciar nicht ist zu seinem Theile mit angewiesen worden? Diese Frage ist nach den folgenden Grundsätzen zu lösen.

Der Fall, wo die Leistung des Vermächtnisses dem Fiduciar allein ausdrücklich auferlegt worden ist, bedarf keiner Beleuchtung; denn es ist dabei alles klar, und selbst wenn der Betrag des Vermächtnisses den Werth desjenigen übersteigen sollte, was der Fiduciar vom Erblasser erhalten hat, bleibt demselben nichts als die Hülfe aus den gesetzlichen Bestimmungen von dem falcidischen und trebellianischen Viertel. Ist dieses hingegen nicht, vielmehr das Gegentheil geschehen und das Vermächtniß ausdrücklich der ganzen Erbschaft, oder allen, also auch den abwesenden Miterben zur Last gelegt; z. B. »Es sollen meine Erben dem N. so viel zu zahlen, mein Gut zu X. abzutreten gehalten seyn;« so verpflichtet diese Verfügung den anwesend gewesenen Erben nur nach Verhältniß seines Erbtheils. Denn nur in Beziehung auf diesen besteht das Vermächtniß und da, nach des Erblassers Willen, jeder Erbe verhältnißmäßig dazu beitragen, seinen Theil an der vermachten Summe zahlen oder an dem Werthe der abzutretenden Sache sich anrechnen lassen sollte; so kann der wirksam Beschwerte zu einem Mehreren nicht verbindlich seyn. Bei dem Vermächtnisse einer bestimmten Sache, oder von Sachen aus einer Gattung (Legatum speciei, et generis), tritt die Analogie vom Legate einer fremden Sache ein; da in dem vorausgesetzten

Falle sämmlichen Erben die einzelne Sache, oder die vorhandenen Stücke der Gattung, als ungetheilt hinterlassen, mithin Keinem gänzlich gehören. Indem nun der Fiduciar in dem angenommenen Falle nicht gehalten ist, die Sache ganz anzuschaffen, bleibt ihm nur die Verpflichtung, den Preis derselben zu seinem Theile zu entrichten[10]).

Hat endlich der Erblasser sich unbestimmt ausgedrückt, und das Vermächtniß weder der Erbschaft überhaupt oder allen Miterben insgesammt, noch ausdrücklich dem Anwesenden auferlegt, nemlich z. B. gegen Einen von mehrern Intestaterben erklärt: »N. soll 100 Rthlr. oder, er soll meinen Garten haben;« so muß angenommen werden, daß das Vermächtniß dem gegenwärtigen Erben allein auferlegt sey. Richtet nemlich der Erblasser seine Rede nur an Einen seiner Erben, ohne dabei der andern abwesenden zu gedenken, oder den Vorsatz, auch dieselben darin begreifen zu wollen, auf irgend eine Weise anzudeuten; so kann sie nicht als eine dem Ersten für die Letzten aufgetragene Bestellung angenommen werden. Es gestattet also eine solche Erklärung keine andre Deutung, als daß sie allein auf denjenigen habe bezogen werden sollen, gegen welchen

---

[10]) arg. §. 4. J. de legatis (II, 20.) L. 14. §. 2. D. de Legatis III. (XXXII.) „Si cui legatum relictum ut alienam rem redimat, vel praestet; si redimere non possit, quod dominus non vendet, vel immodico pretio vendat; iustam aestimationem inferat.“

sie gemacht worden ist; wie denn auch der Erblasser nur von diesem die stillschweigende, oder ausdrückliche Uebernahme gewärtigen konnte, welche er bei seiner Aeußerung muthmaaßlich bezweckt hatte. Die bekannte Regel der Auslegung: Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est[11]), stimmt diesem bei. Sollte das Vermächtniß eine bestimmte Sache (Species) betreffen, so kommen die Grundsätze vom Legat einer fremden Sache in Anwendung, und der Fiduciar muß sich bemühen, bei der Erbtheilung jene Sache auf seinen Antheil angewiesen zu bekommen, um das Vermächtniß leisten zu können[12]), oder aber deren Werth entrichten; wobei freilich die Reduction bis zum Belauf des Falcidischen oder trebellianischen Viertheils eintretenden Falls vorgehalten bleibt.

3. Der bekannte Streit über den Beweis des Oralfideicommisses, ob nemlich L. ult. C. de fideicommissis (VI, 42.) denselben auf die Eideszuschiebung beschränke, oder jedes andre Beweismittel zulässig sey? scheint mir durch die Untersuchung eines für die Wissenschaft zu früh gestorbenen Rechtsgelehrten[13]) für die letzte Meinung entschieden zu seyn, da-

---

11) L. 67. D. de reg. iur. (L. 17.) cf. quoque L. 12. D. de reb. dub. (XXXIV, 5.)

12) L. 39, §. 7. D. de legatis I. (XXX.)

13) L. L. G. Süptitz, Ueber den Beweis eines dem Fiduciar

her ich darüber nur bemerke, daß das oben angeführte Fragment des Celsus, L. 25. D de rebus dubiis (XXXIV, 5.), ein in jener übrigens vorzüglichen Abhandlung unbenutzt gelassenes Argument darbietet. Testatoris voluntas, heißt es nemlich daselbst in Beziehung auf eine solche dem Erben mündlich gemachte Auflage, si quibusdam argumentis apparebit de quo dixit, adimplenda est. Wenn nun auch hier zunächst von der logischen Auslegung nicht ganz deutlicher Aeußerungen eines Erblassers im Testamente gehandelt zu werden scheint; so zeigt doch die Verbindung dieses Satzes mit dem Vorhergehenden ein Anderes. Denn der Ausdruck Testator wird hier entweder in seiner allgemeinsten Bedeutung, gleich dem deutschen Erblasser, gebraucht, wofür die Römer keine andre Bezeichnung hatten; oder er wird wenigstens auf ein Testament bezogen, von dessen Auslegung nicht die Rede ist; und es soll die vorbehaltene Benennung des Vermächtnißnehmers auf jede Weise darzuthun erlaubt seyn. Nicht also von der Auslegung eines letzten Willens, sondern von dem Beweise einer denselben enthaltenden Erklärung ist jene Gesetzstelle zu verstehen; und indem sie quaecunque argumenta zu solchem Endzwecke zuläßt, schließt sie jede, den Beweisführer in seinen Mitteln beschränkende Bestim=

---

vom Testirer mündlich auferlegten Fideicommisses ꝛc. Helmst. bei Fleckeisen 1804.

mung aus, so lange nicht eine ausdrückliche und klare Verordnung nachgewiesen werden kann, welche aber in L. ult. C. de fideic. (VI, 42.) so wenig, wie im §. ult. J. de fideic. heredit. (II, 23.) anzutreffen ist.

XI.

Bewirkt die Verletzung der für die Versteigerungen verordneten Förmlichkeiten, daß der Käufer als Besitzer im bösen Glauben zu beurtheilen ist, wenn nachmals der Kauf wegen Nichtigkeit ungültig erklärt wird? L. 1. C. de fide et iure hastae fiscalis (X, 3.)

1. Es ist eine, durch die ältern Rechtslehrer veranlaßte [1]), nicht ungewöhnliche Vorstellung, daß bei Uebertragung des Eigenthums die Vernachläßigung der gesetzlichen Förmlichkeiten den Erwerber in bösen Glauben versetze. Man findet diese Bestimmung in L. 1. C. de fide et iure hastae fiscalis (X, 3.), und da diese Stelle

---

1) *Brunnemann* Comm. ad L. 1. C. de fide et iure hastae fiscalis (X, 3.) ibique alleg. auct. *Godofredus* ad L. eandem.

allerdings eine solche Verordnung zu enthalten scheint, so verdient dieser Gegenstand seiner practischen Wichtigkeit wegen eine nähere Beleuchtung.

Guter und böser Glaube hängt im Allgemeinen von der Meinung ab, die man über die Rechtmäßigkeit seiner Handlung hat, und in Beziehung auf den Erwerb einer Sache ist er die Wirkung unsrer Ueberzeugung von der Befugniß desjenigen, welcher solche veräußert hat, deren Uebertragung vorzunehmen [2]). Die gesetzlichen Förmlichkeiten beziehen sich auf die Rechtsbeständigkeit eines Geschäfts, und also gehört ihre Beobachtung zu den Cautelen, welche jeder Contrahent zu seinem eignen Vortheil anwenden muß, aber auch ohne Verletzung irgend einer, in Ansehung eines Andern ihm obliegenden Pflicht vernachläßigen kann. Bei den für die öffentlichen Versteigerungen verordneten Förmlichkeiten wird zwar die Sicherstellung des Verkäufers oder desjenigen, zu dessen Nutzen der Verkauf geschieht, gegen Verschleuderungen und Collusionen bezweckt: allein auch in solcher Hinsicht enthalten diese Bestimmungen bloß für diejenigen Vorschriften, welche die Rechte jener Interessenten wahrzunehmen haben; keineswegs begründen sie aber Zwangspflichten an Seiten des Licitanten und Käufers. Und immer würde hier der Grundsatz eintre-

---

[2]) L. 109. D. de verborum significatione (L, 16.) «Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse; aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere.» L. 20. §. 6. D. de hereditatis petit. (V, 3.)

ten, daß der Rechtsirrthum, welchem die Vernachläßigung solcher Förmlichkeiten gleich zu achten seyn würde, den bösen Glauben nicht bewirkt, und nur in sofern schadet, als man ein Recht erwerben will. [3]).

Ist die Versteigerung überdem unter Leitung der Obrigkeit geschehen, und gar ein Zuschlagserkenntniß vom Richter ergangen, so schließt dieses, sobald eine Collusion nicht besonders nachgewiesen wird, den Begriff des bösen Glaubens bei dem Erwerber völlig aus. «Qui auctore iudice comparavit, bonae fidei possessor est», sagt **Ulpian** in L. 137. D. de div. Reg. Jur. (L, 17.) und gewiß mit Recht, da von der Obrigkeit die Vermuthung gilt, daß sie die Gesetze kenne und ihre Vorschriften ohne Begünstigung einzelner Personen befolge. Auch kann der Käufer voraussetzen, daß die Förmlichkeiten mit Genehmigung derjenigen Personen, zu deren Nutzen sie verordnet sich finden, unbefolgt geblieben sind.

2. Die allgemeinen Grundsätze des Rechts stehen also jener Meinung entgegen, und es kann die Vernachläßigung der gesetzlichen Förmlichkeiten bei den öf-

---

[3]) L. 25, §. 6. D. de hered. petit. (V, 3.) «Scire ad se non pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in iure erravit; putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri? Et *non puto, hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret.*» S. übrigens L. 7 et 8. D. de iuris et facti ignorantia. (XXII, 6.)

fentlichen Versteigerungen an sich den Käufer nicht als Besitzer in bösem Glauben darstellen, wofern solches nicht ausdrücklich verordnet seyn sollte. Das Rescript Kaisers Antoninus Caracalla, in L. 1. C. de fide et iure hastae fiscalis (X, 3.), welches eine solche Bestimmung enthalten soll, lautet so: Quod in libellum contulisti, procuratori meo, ad cuius officium desiderium tuum pertinet, allega. Cui si probaveris, non auctore procuratore vel eo cui vendendi fuit facultas, neque habitis hastis, neque omni ordine peracto venditas res esse, et id, quod ex causa iudicati debes, exsolveris, rescissa venditione mala fide facta, easdem res recipies cum fructibus quos ad emtorem mala fide pervenisse, vel pervenire debere constiterit. Dieser Bescheid bezieht sich auf einen Vorgang, wo das Zusammentreffen der Umstände allerdings auf des Käufers bösen Glauben zu schließen nöthigte; allein keinesweges bloß wegen einer Verletzung der Förmlichkeiten der Versteigerung, sondern weil zugleich die öffentliche Versteigerung selbst unterblieben, «neque habitis hastis», und sogar der Verkauf von Jemanden geschehen war, der dazu überall keine Befugniß hatte, «neque auctore procuratore vel eo cui vendendi fuit facultas.» Da dieser letzte Umstand allein schon genügen konnte, den Käufer alsböslichen Erwerber darzustellen [4]), so konnte bei dem Hinzutreten der andern Mängel um so gewisser dafür gefolgert werden, ohne daß aus solcher Entscheidung

---

[4]) Arg. L. 109. D. de verb. signif. (L, 16.)

der erwähnte Grundsatz abgeleitet werden dürfte. Allein selbst jene Folgerung ist hier nicht ausgedrückt. Es ist keinesweges gesagt, daß der böse Glaube des Käufers die Wirkung der zusammentreffenden Mängel des Verkaufs seyn solle, vielmehr wird als unmittelbare Wirkung jener Mängel die Nichtigkeit des Handels angegeben; von dem bösen Glauben des Käufers aber nur so gesprochen, daß es ungewiß bleibt, ob der Kaiser denselben, als eine Folge der gerichtlich auszusprechenden Rescission und der dieser vorhergehenden Litiscontestation wegen des Scti Juventiani [5]), nach seinen Wirkungen in Ansehung des Fruchtersatzes habe würdigen, oder überhaupt nur diese Wirkungen andeuten wollen, auf den Fall, daß die Verhandlungen über die Rescission des Kaufs den bösen Glauben des Käufers demnächst darlegen würden. Die Worte: rescissa veuditione mala fide facta, enthalten nemlich nicht den Ausspruch, sondern die Bedingung, von welcher der Kaiser den angedeuteten Umfang der künftigen Entscheidung in Ansehung der Fruchterstattung abhängig macht; sie sagen nichts weiter, als: wird der böslicher Weise gemachte Erwerb rückgängig, oder: wird der Kauf für nichtig, der Käufer aber für einen böslichen Erwerber erklärt, so sollen neben den bezogenen, auch die zu beziehen gewesenen Früchte erstattet werden; nicht aber: so ist der böslicher Weise eingegangene Verkauf nichtig u. s. w., noch weniger endlich, daß des Käufers böser Glaube,

---

5) L. 20, §. 6. D. de hered. petit. (V, 3.)

wegen der Vernachläßigung der Förmlichkeiten des Verkaufs, vermuthet werden solle.

3. Diese Grundsätze hat das Oberappellationsgericht im Januar 1818 in Anwendung gebracht. Ein wegen Schulden zur Versteigerung gebrachtes Haus war gerichtlich und förmlich verkauft worden, nur war den Versteigerungsanschlägen eine etwas kürzere Frist eingerückt gewesen, als die Landesverordnungen vorschrieben. Der Kauf ward nachmals vom Schuldner aus diesem Grunde rescindirt, und es fragte sich: ob der Käufer nicht als Besitzer in bösem Glauben in Ansehung der Fruchterstattung zu betrachten sey? Das Gericht entschied diese Frage verneinend, und zwar aus folgenden Gründen:

« — so ist dennoch vom judicio a quo L. 1. C. de fide et iure hastae fiscalis keineswegs verletzt worden. Es sagt nemlich dieses kaiserliche Rescript nicht, daß jedesmal der Käufer einer sub hasta verkauften Sache, wenn bei solcher wesentliche Formen verletzt, und also der Kauf als nichtig anzusehen, für einen possessor malae fidei zu halten, und er also die gekaufte Sache cum fructibus perceptis et percipiendis herauszugeben schuldig sey: sondern es ist der Fall vorausgesetzt, daß unter dem falschen Prätexte, als sey es auf Antrag des Fisci geschehen, eine Sache ohne Concurrenz des kaiserlichen Procurators, oder desjenigen, welcher die Gewalt hatte, den Verkauf für den Fiscus zu erwirken, verkauft sey, und der Verkauf ohne öffentlichen Termin (neque habitis hastis) und ohne alle gesetzliche Solemnitäten Statt ge-

habt habe. Unter diesen Umständen mußte der Käufer freilich für einen possessor malae fidei gehalten werden: Umstände, welche jedoch von vorwaltenden weit unterschieden sind; wo sowol der Impetrant, als die die Subhastation erkennende Obrigkeit, erster ad processum legitimirt und Letzte als competent erscheinen müssen. »

XII.

Beitrag zu der Lehre von der Erlöschung der Dienstbarkeiten durch Consolidation. L. 17. D. quibus modis ususfructus vel usus amittitur. (VII, 4.) und L. 57. pr. D. de usufructu. (VII, 1.)

Der Grundsatz des römischen Rechts, daß ein Zusammentreffen von Rechten und Verbindlichkeiten in Beziehung auf dieselbe Sache oder Person beide aufhebt [1]), findet sich ausdrücklich auf die Servituten und zwar vielfach angewendet [2]). Gewisse Beschränkungen, welchen

---

[1]) L. 71. pr. D. de fidejussoribus (XLVI, 1.) L. 75. L. 95, §. 2. D. de solutionibus (XLVI, 3.)

[2]) L. 1. D. quemadmod. Servit. amitt. (VIII, 6.) §. 3. J. de usufructu (II, 4.) L. 27. D. de servit. praed. rustic. (VIII, 3.) caet.

die Ausbildung des römischen Rechts jene Regel in ihrer Anwendung auf Dienstbarkeiten unterwarf; so daß die gedachte Wirkung der Confusion oder Consolidation nicht eintritt, wenn die Vereinigung des Rechts und der Verpflichtung nur zum Theil Statt gefunden hat [3]), oder bei einer bloß vorübergehenden Vereinigung die Wirkung durch eine Einrede wieder aufgehoben wird [4]); hat die Rechtslehrer veranlaßt, bei der Auslegung schwierig scheinender Gesetzstellen Ausnahmen anzunehmen, und Unterscheidungen herbeizuziehen, welche die Theorie ohne Noth erschweren.

Hieher gehört der Versuch, die Verordnung der L. 17. D. quibus modis ususfr. (VII, 4.) mit der der L. 57. pr. D. de usufructu (VII, 1.) zu vereinigen, wo die Ursache der widersprechend scheinenden Bestimmung bald in dem Bewußtseyn des Nutznießers, eine fremde Sache zu erwerben [5]), bald in der Rückwirkung der Querela inofficiosi testamenti gesetzt, bald zu noch gewaltsamern Auskunftsmitteln Zuflucht genommen wird [6]). Ein andrer

---

[3]) L. 8. §. 1. C. de servit. (VIII, 1.) L. 30. §. 1. D. de servit. praed. urb. (VIII, 2.)

[4]) L. 18. D. de servit. (VIII, 1.) L. 9. D. Commun. praed. (VIII, 4.) L. 2. §. 19. D. de act. vel hered. vendid. (XVIII, 4.)

[5]) *Ulr. Huber*, Eunom. rom. ad L. 17. cit. Idem Prael. ad Pand. VII, 4. 2. *Westphal*, de servit. praed. §. 924, nota 818.

[6]) *J. C. Rücker*, Observat. Cap. IV, §. 5. *Schilter*, Prax.

Versuch, diese scheinbare Antimonie zu lösen, folgt hier.

Es gehört zum Wesen der Consolidation, daß der Nießbrauch mit dem Eigenthume wirklich zusammengetroffen seyn muß. Der §. 3. J. de usufructu sagt dieses ausdrücklich. «Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur; vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit; quae res consolidatio appellatur; und andere Stellen enthalten dieselbe Bestimmung [7]. Nicht auf den Zweck des Nutznießers bei einem über das Eigenthum der benutzten Sache eingegangenen Vertrage, auch nicht auf die Gültigkeit dieses Vertrages an sich, sondern allein darauf kommt es hier an, daß derselbe das Eigenthum übertragen hat. Und überhaupt bei allen Erwerbsarten hängt die Wirkung der Consolidation davon ab, ob dieselben den Uebergang des Eigenthums zur Folge gehabt haben. L. 17. D. cit. bringt diesen Grundsatz in Anwendung, indem dieses Fragment den Fall voraussetzt, wo der Usufructuar das Eigenthum der Sache wirklich an sich gebracht hatte und nur nachmals Demjenigen weichen mußte, welchem dieses Eigenthum unter einer später eingetretenen Suspensiv-Bedingung zum Vermächtniß gegeben war. «Si tibi fundi ususfructus, sind

---

Jur. Rom. Exerc. 17, §. 60. *Voet*, Comm. ad. D VII, 4, 2. *J. Strauch*, ad L. decisiones Justin. Exc. 5. cap. 6. §. 16.

[7]) L. 27. D. quib. mod. servit. amitt. (VII, 4.) L. 4. D. Usufruct. quemadm. cav. (VII, 9.)

seine Worte, pure, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione dominium proprietatis acquisieris, deinde conditio exstiterit: pleno iure fundum Titius habebit. Neque interest, quod, detractu usufructu proprietas legata sit, dum enim proprietatem acquiris, ius omne legati ususfructus amisisti.» So lange nemlich die Suspensiv-Bedingung noch nicht eingetreten war, hatte der Legator noch kein Recht auf die Sache, vielmehr stand deren Eigenthum dem Erben zu, welcher es an den Nießbraucher gültig, wiewol nur unter jener, für sein Recht auflösenden Bedingung übertragen konnte [8]). Ganz verschieden hiervon ist der Fall der L. 57. pr. D. de usufructu (VII, 1.) «Dominus fructuario praedium: quod ei per usumfructum serviebat, legavit, idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit.» Hier ward das Testament, aus welchem der Nutznießer seinen Anspruch auf das Eigenthum ableitete, durch die Querela inofficiosi testamenti umgeworfen, und da das Testament als nicht errichtet angesehn ward [9]), so

[8]) L. 5. §. 2. L. 13. D. Quando dies legat. (XXXVI, 2.) L. 41. D. de cond. et demonstr. (XXXV, 1.) L. un. §. 7. C. de caduc. toll. (VI, 51.)

[9]) Eine Folge der Voraussetzung einer Geistesabwesenheit des Testators, worin der Klaggrund gesetzt ward. L. 2. D. de inoff. testam. (V, 2.) pr. J. eod. (II, 18.)

mußten auch seine Wirkungen wegfallen, das Eigenthum wie gar nicht auf den Usufructuar übertragen angenommen werden. Der Nießbrauch bleibt hier also bestehen, nicht weil die Consolidation in diesem Falle ihre gewöhnliche Wirkung nicht hervorbringen soll, sondern weil eine Consolidation nur dem Scheine, nicht aber der Wirklichkeit nach eingetreten war; wie solches der Erfolg der vom Sohne des Erblassers durchgeführten Querel nachmals ergab, «mansisse fructûs ius integrum ex post facto apparuit.» Eine diesem Fragmente fast gleiche Bestimmung enthält L. 35. D. de bonis libertorum. (XXXVIII, 2.) «A liberto suo herede Seius usumfructum fundi Maevio legavit; is libertus Maevio herede relicto decessit. Quaero, cum contra tabulas testamenti petierit filius Seii adversus Maevium: utrum deducto usufructu pars debita ei fundi restituenda sit, an solida; quia eorum bonorum acceperit possessionem, quae liberti, cum moreretur fuerunt? Respondit: usumfructum in causam pristinam restituendum puto.» Die hier angestellte Klage des Sohns, bonorum possessio contra tabulas, zeigte nemlich, daß das Testament eine gesetzwidrige Erbeinsetzung enthalte, und bewirkte, daß es als nicht vorhanden betrachtet werden mußte [10]); eine Folge hiervon war, daß der Usu=

---

[10]) L. 17. C. de collat. (VI, 20.) L. 4. C. de liberis praeter. (VI, 28.) «vel testamentum ipso iure evertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem stare non patiatur.» — *Koch*, Bonor. poss. §. 8. pag. 125.

fructuar das Eigenthum nicht erhalten, eine Consolidation nicht Statt gefunden hatte. Die Worte: restituendum puto, beziehen sich daher auch nicht auf eine Herstellung des Rechts, sondern nur auf die Trennung der factisch verbundenen Proprietät und Nutznießung, und der Zusatz: «postulato arbitro» deutet auf eine Ausmittelung der hieraus entspringenden Nebenforderungen für erhobene Nutzungen u. dgl.

Das Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel hat vorstehende Grundsätze im Februar 1818 in Anwendung gebracht.

Es hatte Jemand vor dem französischen Kriege von der herzoglich braunschweigschen Regierung den Nießbrauch einer Wohnung eingegeben erhalten, und nachmals von dem Könige von Westfalen diese Wohnung erkauft. Nach der Herstellung des Herzogthums klagte das Cammercollegium nicht nur auf das Eigenthum, wegen Ungültigkeit des Erwerbs, sondern zugleich auf den Verlust des Nießbrauchs, wegen dessen eingetretener Consolidation. Es bezog sich deshalb vorzüglich auf L. 17. D. Quib. mod. ususfr. (VII, 4), ward aber in der Mittelinstanz — arg. L. 5. C. de legibus (I, 14.) — damit abgewiesen, weil ein nichtiger Eigenthumserwerb eine den frühern Nießbrauch auf immer endigende Consolidation nicht zur Folge haben könne. Dieser Ausspruch ward in letzter Instanz bestätigt und zwar aus folgenden Gründen.

«Es folgt aus der Natur der Sache, daß aus einem Erwerbe, welcher kein Eigenthum übertragen hat, keine Consolidation hervorgehen konnte, weil diese nur Folge einer wirklichen Vereinigung des Eigenthums mit dem Nutzungsrechte ist. Diesen Grundsatz spricht das römische Recht an mehrern Stellen deutlich aus, (§. 3. J. de usufructu. L. 27. D. Quib. mod. serv. ammitt. L. 4. D. usufruct. quemad. cav.), und es heißt einem als unwirksam angefochtenen Vertrage Wirkung beilegen, wenn man aus demselben auf einen Eigenthumserwerb folgert und zugleich diesen bestreitet. Die für die ausgeführte Meinung angezogenen Gesetze und Auctoritäten stehen dem nicht entgegen, und besonders beziehet sich L. 17. D. Quib. mod. usufr. auf einen Fall, wo der Nutznießer das Eigenthum wirklich erworben gehabt, und nur nachmals wieder verloren hatte, weil die Suspensiv-Bedingung späterhin eingetreten war, unter welcher das Eigenthum einem Dritten früher zugesichert sich fand. Weit entfernt, einen, der vorigen Entscheidung entgegenstehenden Grundsatz aufzustellen, stimmt dieses Fragment also vielmehr mit demselben überein, legt aber keinesweges einem Vertrage, welcher das Eigenthum nicht übertragen hat, die von dessen Erwerbe abhängige Wirkung bei.»

XIII.

Ueber die Rückforderung einer Schuld, deren Erlaß vermacht (legatum liberationis), welche jedoch vor Eröffnung des Testaments zurückgezahlt ist. L. 26. §. 7. D. de condictione indebiti (XII, 6.) und (L. 24. D. de liberatione legata (XXXIV, 3.)

Wenn des Erben Schuldner, welchem die Befreiung von seiner Schuld vermacht worden ist [1]), dieselbe vor Eröffnung des Testaments ganz oder zum Theil abgetragen haben sollte; so entsteht die Frage: ob er das Bezahlte zurückfordern könne? und es findet sich dieselbe

---

[1]) Ueber das legatum liberationis S. L. 1. pr. et L. 3. D de liber. leg. (XXXIV, 3.) Geiger und Glück, Rechtsfälle ꝛc. I, Nr. 2., wo die Materie ausgeführt und die Literatur angezeichnet sich findet.

auf eine scheinbar widersprechende Weise in zweien Gesetzstellen gelöset. Es sagt nemlich **Papinian** in L. 24. D. de liberatione legata (XXXIV, 3.) «Cum heres rogatur debitorem suum liberare; de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit. Itaque si ante tabulas apertas aliquid fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit; quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem, ab eo, qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum erit, ideoque repeti potest.» Hingegen bemerkt **Ulpian** in L. 26, §. 7. D. de condict. indebiti (XII, 6.); «Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut Julianus scripsit, si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit, posse eum fundum condicere. Idemque, et si debitorem suum damnaverit liberare, et ille ignorans solverit.»

Man hat hierin eine Antinomie zu finden geglaubt, und dieselbe vielfach zu lösen sich bemühet. Besonders ist man durch eine Stelle in **Ulpians** Fragmenten [2]) verleitet worden, den wahrgenommenen Widerspruch aus dem Wechsel der Gesetzgebung über die Aneignung der Vermächtnisse zu erklären, und anzunehmen, es habe Papinian in jener von ihm aufgenommenen Stelle auf

---

[2]) Tit. 24. §. 31. «Legatorum, quae pure, vel in diem certum relicta sunt, dies cedit, antiquo quidem iure, ex mortis testatoris tempore: per legem autem Papiam Poppaeam, ex apertis tabulis testamenti» etc.

das mittlere Recht seine Entscheidung gegründet, und müsse daher dieselbe wie durch das Fragment aus Ulpian aufgehoben angesehen werden, indem dieser dem in diesem Stücke wiederhergestellten [3]) ältern Rechte entspreche [4]).

Allein ungerechnet, daß einer solchen Art der Auslegung die den Verfassern der Pandekten gegebene Instruction und der Wille Justinians widerstrebt, so erscheint sie zu gewaltsam, um nicht einer andern nachstehen zu müssen, die beide Fragmente mit einander ausgleicht, ohne in solcher Maaße durchzugreifen; denn L. 24. cit. bezieht sich überall nicht auf den Zeitpunkt, quando dies cessit und beide Fragmente haben ihren Ursprung in der Zeit erhalten, wo das mittlere Recht, durch Lex Papia Poppaea eingeführt, in Kraft war, indem Papinian und Ulpian ziemlich zu gleicher Zeit, nemlich unter Septimius Severus und Caracalla ihre Werke verfaßten.

Ein neuer Versuch, beide Gesetzstellen mit einander zu vereinbaren, mag daher hier folgen.

Die L. 26, §. 7. cit. bestimmt den Zeitpunkt der Zahlung auf keine Weise, und spricht nur im Allgemeinen den Grundsatz aus, daß derjenige, welchem der

---

[3]) L. 77. §. 3. D. de legatis 2. (XXXI.) L. 5. § 1. L. 21. pr. D. Quando dies legatorum etc. (XXXVI, 2.) Hugo, Rechtsgesch. §. 207 208 und 375.

[4]) S. Staatswissenschaftl. und jurist. Nachrichten. 1790. Aprilheft S. 392 flg.

Erlaß seiner Schuld vermacht worden ist, und der dieselbe dennoch aus Unbekanntschaft mit diesem Vermächtnisse bezahlt hat, das Gezahlte zurückfordern könne. Es steht dieses Gesetz also mit dem andern in keinem Widerspruche, da auch dieses unter Umständen die Rückforderung der Schuld in solchem Falle gestattet, jenes auch keinesweges die Bestimmung ausdrückt, es könne die Rückforderung immer geschehen, sobald die Zahlung nur nach des Erblassers Tode Statt gefunden habe.

Ist hiernach eine Antinomie zwischen beiden Fragmenten nicht anzutreffen; so scheint doch wenigstens L. 24. cit. gegen die Grundsätze des justinianischen Rechts von dem Zeitpunkte, quando dies legati cedit anzustoßen, und ein denselben widersprechendes Gewicht auf die Zeit der Eröffnung des Testaments zu legen, und in dieser Hinsicht bedarf diese Gesetzstelle einer Erörterung.

Dieselbe handelt nicht von einem Legate, sondern von einem Fideicommisse, wie die Worte der letztwilligen Verfügung: cum heres rogatur andeuten [5]) und Papinian weiter unten selbst bemerkt. Die Fideicommisse waren aber damals den Legaten noch nicht in allen Punkten gleichgesetzt, und besonders lag es in der Natur derselben, daß sie erst von dem Zeitpunkt der Erbschaftsantretung dem Fideicommissar erworben wurden, indem sie nicht aus des Erblassers, sondern aus des Erben Vermögen erfolgten, die Erbschaft aber nur durch die Antretung derselben in das Vermögen des

---

[5]) Ulpiani fragmenta. Tit. 24. §. 1. et Tit. 25. §. 1.

Erben überging [6]). Die Zeit des Todes des Erblassers, so wie die der Eröffnung des Testaments kam also bei demselben nicht in Betracht, und wenn das Fragment des letzten erwähnt, so muß es in anderer Beziehung geschehen seyn. Und wirklich ergiebt sich dieses bei näherer Ansicht des Fragments.

Der Rechtsgelehrte stellt im Eingange den Grundsatz auf, daß es beim letztwilligen Schulderlasse nur auf dasjenige ankomme, was demnächst von der Schuld noch unabgetragen seyn würde, (quod in obligatione manserit) nicht aber etwa auf deren Bestand zur Zeit der Errichtung des letzten Willens. Hiernächst geht er zur Entscheidung der Frage über, unter welchen Umständen die Rückforderung des aus Irrthum auf die erlassene Schuld gemachten Abtrages zulässig sey; und bestimmt sich dabei, nicht nach den Regeln von der Erwerbung des Vermächtnisses, welches ohnehin zunächst nur auf desselben Uebergang an des Vermächtnißnehmers Erben bezogen ward, sondern nach den Erfordernissen der replicae doli mali, oder auch der condictionis furtivae. Wie denn der condictioni indebiti die Einrede, daß die dem Erben auferlegte Tilgung der Schuld zur Zeit der Zahlung noch nicht geschehen, der Strenge nach also keinesweges eine Nichtschuld gezahlt wäre, entgegenstehen und nur durch die Replik der Täuschung

6) Vergl. Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des röm. Rechts ꝛc. Leipzig 1801. S. 88 flg. auch Hugo Rechtsgesch. §. 328 und 329.

aufrecht zu erhalten seyn würde; die condictio furtiva aber ausdrücklich für solche Fälle nachgelassen ist, wo Jemand eine Zahlung angenommen hatte, von welcher er wußte, daß er sie zu verlangen nicht berechtigt war [7]).

Die Rückforderung wird hier also, ohne Rücksicht auf den Erwerb des Legats, von der Kenntniß abhängig gemacht, welche der Erbe vom Vermächtnisse zur Zeit des Empfangs der Zahlung gehabt hatte. Die ganze Verbindung der Worte zeigt dieses deutlich, indem der Umstand vorzüglich herausgehoben wird, quod ab eo, qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, und die Annahme der Schuld mit böser Arglist verglichen sich findet, dolo proximum erit. Der Eröffnung des Testaments kann hiernach nur deshalb hier Erwähnung geschehen seyn, weil dieselbe die Kenntniß des Erben von dem Vermächtnisse des Schulderlasses außer Zweifel setzt. Daß auf die verschiedenen Zeiten, welche nach der Veränderung der Legislation in Ansehung auf den Erwerb und die Uebertragung der Vermächtnisse und Fideicommisse, in Betracht kamen, keine Rücksicht genommen ist, ergiebt sich auch daraus, daß der Fall angenommen worden ist, es sey die Zahlung nach Eröffnung des Testaments, allein vor Antretung der Erbschaft geschehen. Hätte man nemlich diesen letzten Zeitpunkt nicht für erheblich erachtet, also die

---

[7]) L. 18. D. de condictione furtiva (XIII, 1.) L. 38. §. 1. D. de Solutionibus etc. (XLVI, 3.)

Sache in Hinsicht auf die Aneignung des Vermächtnisses nach dem neuesten, und nicht dem früher geltenden Rechte beurtheilt; so würde man auf diesen Zeitpunkt überall kein Gewicht haben legen können, da das legatum liberationis seiner Natur nach transmissibel ist, und nur bei persönlichen Rechten das Vermächtniß erst mit Antretung der Erbschaft erworben wird [8]). So aber nahm der Rechtsgelehrte einen Fall an, wo die Zahlung vor dem Uebergange des Rechts aus dem Fideicommisse Statt gefunden hatte, und entschied, daß die Rückforderung dennoch zugelassen werden müsse; weil sonst dem Erben, der durch Eröffnung des Testaments mit seiner Obliegenheit, seinem Schuldner Erlaß angedeihen zu lassen, bekannt geworden war, seine betrügliche Annahme der Zahlung Vortheil bringen würde. Da beim Fideicommisse ursprünglich Alles auf des Fiduciars Treue und Pflichtgefühl ankam, und die Gesetzgebung seit August diese moralische Obliegenheit zu einer Zwangspflicht erhoben [9]), so mußte hier besonders des Erben Bewußtseyn berücksichtigt werden.

---

[8]) L. 2. 3. D. Quando dies legatorum (XXXVI, 2.)

[9]) §. 1 et 12. J. de fideicommissariis hereditatibus. (II, 23.) Hugo a. a. O. §. 207 und 274.

XIV.

Von der Aufhebung eines elterlichen Testaments durch einen späteren letzten Willen und Widerruf. Nov. 107. cap. 2.

Die so vielfach bestrittene Frage, über den eigentlichen Sinn der Nov. 107. cap, 2, und die Bedingungen des Widerrufs eines elterlichen Testaments [1]), scheint am einfachsten auf folgende Weise gelöset werden zu können.

Justinian hatte in der angeführten Novelle Cap. 1. zuerst den Eltern nachgelassen, unter ihren Kindern auf eine privilegirte Weise ein Testament zu errichten [2]), und indem dieses eine Ausbildung des Grundsatzes war, wel-

---

1) *Malblanc*, Pr. J. Rom. §. 704. nota i) und v. Bülow und Hagemann Erörter. III, 18., woselbst sich die Literatur ziemlich vollständig findet.

2) S. den 1sten Theil dieser Abhandlungen Nr. VI, besonders §. 7 flg.

cher der elterlichen Gütervertheilung unterlag, von diesem aber angenommen ward, daß der Wille des Theilenden befolgt werden müsse, auf welche Art derselbe auch irgend erklärt seyn mogte [3]); so hielt der Gesetzgeber für nöthig zu bestimmen, in wiefern das elterliche Testament durch eine erklärte Willensänderung aufgehoben werden könne. Gleichwie nun den Rechten nach ein bloß wörtlicher Widerruf ein gehörig errichtetes Testament aufzuheben nicht geeignet, dazu vielmehr eine förmliche Erklärung vor Zeugen, oder ein neues rechtsbeständiges Testament erforderlich ist [4]); so erstreckte Justinian diese Regel auch auf das neueingeführte elterliche Testament. Er drückte diese Absicht jedoch nur in Ansehung der Aufhebung durch ein neues Testament aus, und überließ den Richtern, hiernach die bestehenden Rechte von dem einfachen Widerrufe und der aus Handlungen gefolgerten Willensänderung auf jenes Testament in Anwendung zu bringen.

Die Worte der Nov. 107. cap. 2: « Etsi quidem » usque ad mortem maneat hoc Schema, nullus postea » deducet testes, quia voluit forte talem voluntatem » commutare, aut convertere, aut aliquid tale facere, » cui licuit rumpere quod factum est, et aliam facere » voluntatem, declarantem perfectam eius sententiam, » quam competit valere. Hoc enim concedimus ei age-

---

[3]) L. 16. 21. et 26. C. famil. ercisc. (III, 36.)

[4]) Arg. L. 35. D. de R. J. (L, 17.) L. 27. C. de testamentis (VI, 23.)

»re, hoc ipsum expressim significantem sub praesentia »testium septem, quia et si fecerit quandam talem vo»luntatem, non tamen eam valere ulterius vult, sed »rursus vult aliam facere; et hanc aut in testamento »perfecto faciat, omnia testamentorum habente signa, »aut in non scripta perfecta voluntate; videri eum de»functum esse prioribus infirmis factis ex secunda eius »secundum perfectum testamentum aut voluntatem dis»positione,» müssen folgendermaßen umschrieben werden. Findet sich bei des Erblassers Tode ein Testament vor, welches nach den Bestimmungen des vorhergehenden Cap. 1. errichtet ist, so soll kein Zeugenbeweis darüber, daß der Verstorbene seinen Willen geändert gehabt, zugelassen werden, weil es demselben freigestanden hatte, jenen letzten Willen gehörig zu widerrufen. Dieses soll demselben nemlich, und zwar vor sieben Zeugen zu thun gestattet seyn; indem, wenn er das ältere Testament nicht mehr bestehen lassen und ein anderes errichten will, dieses auch unter Beobachtung der Förmlichkeiten entweder des schriftlichen, oder des mündlichen Testaments wirklich thut, anzunehmen ist, daß er bei seinem Tode den frühern letzten Willen durch einen später gültig errichteten entkräftet habe. Es sind hier also nachstehende Bestimmungen gegeben: Die bloße Willensänderung hebt ein elterliches Testament nicht auf; wol aber geht der Widerruf desselben gültig aus einem später gehörig errichteten Testamente hervor. Daß in diesem neuern Testamente der Widerruf des ältern ausdrücklich, und zwar vor sieben Zeugen geschehen müsse, findet sich hier so wenig verordnet, als daß

nur ein feierliches Testament die bemerkte Wirkung solle hervorbringen können. Denn die Erwähnung der Willenserklärung vor sieben Zeugen ist eine dem damaligen verderbten Style gemäße tautologische Umschreibung und gleichbedeutend mit der gleich darauf angeführten Errichtung eines feierlichen Testaments; und einer solchen wird gedacht, weil damit der Gegensatz von dem frühern privilegirten angedeutet werden sollte; indem der Gesetzgeber voraussetzte, die Willensänderung des Erblassers sey auf das Auszeichnende seines ältern Testaments, auf die nur seine Kinder umfassende Erbeinsetzung und die leichtere Form gerichtet gewesen, den Fall hingegen unbeachtet ließ, wo der Erblasser nur eine Veränderung in Bestimmung der Erbtheile bezweckt.

Der Kaiser hat dem elterlichen Testamente die ganze Wirkung eines feierlich errichteten beigelegt. «Nihilo minuenda eo quod videantur in charta scripta, reliquam observationem testamentorum non suscipientia,» sagt er am Schlusse des Cap. 1 der erwähnten Novelle und fährt sodann fort: »sed hoc solum inmutetur, quod eius manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam.» Wie sollte er nun in dem folgenden Abschnitte desselben Gesetzes, ohne sich nach seiner Gewohnheit weitläufig über das abgeänderte Recht zu äußern, ja ohne nur einmal die Abweichung von solchem mit der erforderlichen Bestimmtheit vorzuschreiben, die Wirkung des eben eingeführten elterlichen Testaments einer Beschränkung haben unterwerfen wollen, die der bei dieser Gesetzgebung bezweckten Erleichterung elterlicher Verfügungen ein so erhebliches Hinderniß ent-

gegenstellen würde, daß dadurch jener Zweck großentheils verfehlt erscheinen müßte? Und in der That würde dieses geschehen, wenn das elterliche Testament, welches bei der erleichterten Form den Uebereilungen Raum giebt, dem Grundsatze der L. 35. D. de Reg. Jur., daß Verfügungen auf dieselbe Weise aufgehoben werden können, wie sie gemacht wurden, zuwider, nicht durch ein gleich privilegirtes Testament sollte widerrufen werden können; so wie auf der andern Seite die natürliche und den Grundsätzen des römischen Rechts gemäße Begünstigung der letztwilligen Verfügungen zum Besten der Kinder völlig zurückgesetzt wäre, wenn das elterliche Testament ein älteres feierlich errichtetes nicht aufzuheben vermögte. Verordnet doch L. 2. D. de iniusto, rupto, irrito etc. (XXVIII, 3.) «Tunc autem prius »testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum »est; nisi forte posterius vel iure militari sit factum, »vel in eo scriptus est qui ab intestato ve-»nire potest: tunc enim et posteriore non perfecto »superius rumpitur.» Ein Rechtsgrundsatz, welchem nach der entgegengesetzten Auslegung des Cap. 2. der Novelle 107. diese Verordnung völlig widerstreben, und eben darin mit sich selbst im Widerspruche stehen würde.

Es findet also nach römischem Rechte bei dem elterlichen Testamente keine Ausnahme von der Regel Statt, daß ein neueres Testament das ältere aufhebt, und es gilt solches von einem jeden rechtsbeständigen Testamente, dasselbe mag ein feierliches oder ein privilegirtes seyn; auch liegt der Widerruf in der Errichtung

des neuen Testaments, ohne daß es dazu einer besondern Erklärung bedürfe.

Die Verfechter der entgegenstehenden Meinung leitete aus der Ordnung der Notarien von 1512, Tit. von Testamenten, §. 2. eine Bestätigung ihrer Ansicht ab. Allein die Worte dieses Gesetzes: «in »dem Fall, da kein Andrer ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird», sind unbestimmt, und gestatten mehrere Auslegungen [5]), so daß sie schon deshalb nicht geeignet sind, als eine das frühere Recht abändernde Verordnung angesehen zu werden. Ueberdem war es nach dem ganzen Inhalte dieser Ordnung nur auf einen Unterricht der Notarien über das bestehende Recht abgesehen, und lag ganz außerhalb der Absicht des Gesetzgebers, dasselbe abzuändern, oder nur näher zu bestimmen. Man kann also hier nicht einmal eine authentische Erklärung der Novelle finden, wäre auch jene Stelle deutlich genug ausgedrückt, um irgend einen bestimmten Sinn daraus mit Sicherheit abnehmen zu können.

Von dem feierlichen Widerrufe des Testaments nach zehn Jahren und vor drei Zeugen, wie solchen L. 27. C. de testam. (VI, 23.) gestattet, handelt das Cap. 2. der Nov. 107 gleichfalls nicht. Es schließt nur den Zeugenbeweis über unförmliche Erklärungen des Erblassers

---

[5]) S. den 1sten Theil dieser Abhandlungen S. 200, wo übrigens die hier bestrittene Auslegung der Nov. 107. c. 2. ohne nähere Erörterung nur hypothetisch angenommen ist.

aus, und läßt also diese Gesetzgebung auch in Beziehung auf das elterliche Testament in Kraft; welches den Wirkungen nach einem feierlichen gleichgesetzt, und eben deshalb weder mehr noch minder wirksam zu erachten ist.

XV.

Ist der Großvater verbunden, die natürlichen Kinder seines Sohnes zu ernähren? L. 7. D. de agnoscendis vel alendis liberis (XXV, 3.)

Diese Frage ist vielfältig und noch neuerlich in einem schätzbaren Werke mit Ausführlichkeit erörtert worden[1]; dennoch wird eine Zusammenstellung der Grundsätze, auf welchen ihre Auflösung beruhet, hier um so weniger am unrechten Orte stehen, als ein in jener Ausführung gebrauchtes Hauptargument aus den römischen

[1]) v. Bülow und Hagemann, Erörter. IV, nro. 70, woselbst die Literatur sich vollständig angeführt findet.

Verordnungen über die ex damnato coïtu entsprungenen Kinder von mir vorlängst bestritten worden ist[2]).

Das römische Recht geht von der Ansicht aus, daß außer der Ehe erzeugte Kinder keinen gewissen Vater haben, indem die aus dem ehelichen Verhältnisse dafür entspringende Rechtsvermuthung bei ihnen hinwegfällt, und verweiset deshalb solche Kinder an ihre Mutter, selbst dann, wenn der Vater auch sollte nachgewiesen werden können[3]). Es nimmt ferner an, daß solche Kinder, eben weil sie im rechtlichen Sinne keinen Vater hätten, auch keine Agnaten, keine Verwandten von väterlicher Seite haben[4]). Eine Folge hiervon war, daß zwar zwischen der Mutter und denselben Verwandten und solchen Kindern das gewöhnliche gesetzliche Erbrecht Statt fand[5]), allein der Vater und sie gegenseitig

---

[2]) Abhandlungen ꝛc. 1ter Thl. Nro. 8.

[3]) L. 19 D. de Statu hominum (I, 5.) „Cum legitimae nuptiae factae sunt, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur.“ L. 23. eod. „Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, *vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet.*“ §. 4. J. de success. cognat. (III, 5.) *Ulpianus*, fragmenta Tit. 5. §. 9.

[4]) §. 4. J. cit. §. 12. J. de nuptiis. (I, 10.)

[5]) §. 3. J. de Scto Orphit. (III, 4.) L. 2 et 8. De Unde cognati (XXXVIII, 8.) L. 1. pr. et §. 2. D. Ad Sctum Tertyll. (XXXVIII, 17.)

als auch in Hinsicht auf die Erbfolge einander durchaus fremd angesehen wurden [6]).

Die Verpflichtung zur Verabreichung des Unterhalts ward von den Römern aus dem natürlichen Bande der Verwandtschaft, ex aequitate et caritate sanguinis, wie L. 5. §. 2. D. de agnosc. v. alend. lib. (XXV, 3.) sagt, abgeleitet; dennoch aber setzten sie dabei eine Verwandschaft voraus, welche die Gesetzgebung anerkannt, und erachteten es dem Naturrechte gemäß, uneheliche Kinder bloß an die Mutter zu verweisen [7]). Nicht nur wird der Anspruch, welchen die Mutter wegen des Unterhalts ihres Kindes machen kann, allein auf das eheliche Verhältniß bezogen, und von einer Anzeige der Schwangerschaft binnen gewisser Fristen nach Auflösung der Ehe abhängig gemacht [8]); sondern es wird der Einrede, daß die Mutter keine freie Person sey, mit derselben also kein connubium Statt ge-

---

[6]) Dieses geht theils aus den in Note 3) angeführten Gesetzen, theils aus den Verordnungen hervor, vermöge deren der Legitimation die Wirkung beigelegt wird, den Kindern Erbrechte zu geben. L. 10. C. de natural. liber. (V, 27.) Nov. 89. cap. 8 et 9.

[7]) L. 24. D. de Statu hominum (1, 5.) „*Lex naturae haec est*, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur; nisi lex specialis aliud inducit.“ s. a. L. 1. §. 2. D. Ad municip. de incol. (L, 1.)

[8]) Tot. tit. D. de agnosc. et alend. lib. (XXV, 3.)

funden habe*), die Wirkung beigemessen, die Filiationsklage und den Anspruch auf Unterhalt zurückzuweisen, indem aus dem bestandenen Verhältnisse nur die Verbindlichkeit des Beklagten abgeleitet wird, vorläufig und bis nach ausgemachter Sache dem Kinde den Unterhalt verabfolgen zu müssen. Diese Verordnung, welche L. 7. de agnosc. v. alend. lib. (XXV, 3.) enthält, ist zu wichtig, um hier nicht näher erwogen zu werden. Sie lautet so: »Si neget, qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum eo, quod eam, quae se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit; alimenta quidem liberis praestare interim compellendum; sin autem constiterit eam servam fuisse, nihil ei, qui pascendos curavit, ex hoc praejudicium generari respondit.« Modestin, von welchem dieses Fragment entnommen ist, unterscheidet zwischen der vorläufigen Auflage zur Verabreichung des Unterhalts, dem sogenannten decreto interimistico, und der endlichen Entscheidung. Wenn jene durch den Besitzstand, durch das bestehende dem ehelichen und elterlichen entsprechende Verhältniß begründet wird, so soll diese nur aus der Gewißheit einer rechtmäßigen Ehe hervorgehen; jene Verfügung allein einen vorläufigen Unterhalt während der Verhandlung des Rechts-

*) *Caius*, Inst. L. I. Tit. 5. §. 9. Hugo Rechtsgesch. §. 73. 186 und 314.

streits bewirken [10]), dieses Endurtheil aber selbst da keine Vertheilung zur Alimentation aussprechen dürfen, wo die Vaterschaft, nemlich die Zeugung an sich nicht, sondern einzig, die Bedingungen einer gesetzmäßigen Ehe bestritten, das connubium geleugnet wird. Ward also der Vater, nicht als solcher und vermöge einer natürlichen Verbindlichkeit; sondern nur in Rücksicht auf eine rechtmäßige Ehe zum Unterhalt der aus derselben entsprungenen Kinder schuldig erachtet, und galt der Grundsatz, daß uneheliche Kinder keinen Vater und keine väterlichen Verwandten haben, selbst in Beziehung auf die Alimentationspflicht; so konnte der väterliche Großvater einer solchen Obliegenheit nicht unterworfen seyn. Die Gesetzstellen, welche von der Verbindlichkeit der Großeltern zur Unterhaltung der Enkel handeln, und sich auf ehelich erzeugte Nachkommenschaft beziehen [11]), erlauben daher eine ausdehnende Anwendung nur da, wo die Rechte ein Verwandtschafts-

---

[10]) L. 5, §. 8. D. de agnosc. v. alend. liber. (XXV, 3.) L. 10. D. de his quae vel sui etc. (I, 6.)

[11]) L. 5, §. 2. 3 et 6. D. de agnosc. v. alend. lib. (XXV, 3.) „Idem (Divus Pius) rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium, juste eam procreatam.“ Bei der Gleichstellung der Pflicht zum Unterhalt und zur Aussteuerung kann von der einen auf die andere gefolgert werden.

band überall anerkennen; und dieses findet nur in Ansehung der mütterlichen Großeltern Statt[12]).

So fand Justinian das Recht über diesen Gegenstand bestimmt, und was er demselben durch seine Gesetze hinzufügte, änderte die allgemeinen Grundsätze auf keine Weise. Er verorpnete nemlich, nach dem Vorgange der Kaiser Valentinian, Valens und Gratian[13]), daß die aus einem Concubinate gebornen Kinder von dem Vater ernährt werden, und ein beschränktes Erbrecht an dessen Nachlaß haben sollten[14]), Da der Concubinat bei uns keine gesetzmäßige Verbindung ist[15]), so finden diese Bestimmungen keine Anwendung mehr; und überdem enthalten sie einen abermaligen Beweis, daß die übrigen unehelichen Kinder überall kein Recht an ihres Vaters Vermögen, weder auf Alimente noch einen Erbtheil gehabt haben; indem es sonst einer solchen Verordnung nicht bedurft hätte, der Gesetzgeber wenigstens jenes Rechts nothwendig würde haben erwähnen müssen.

Justinian verordnete ferner, wie bereits Arcadius

---

12) L. 8. D. de agnosc. v. alend. (XXV, 3.) iuncta L. 5 §. 4 et 5. eod.

13) L. 1. C. Theodos. de natural. filiis et matrib. eor. (IV, 6.)

14) Nov. 89. cap. 12. §. 4.

15) R. Pol. Ord. von 1530, 1548 und 1577.

und Honorius gethan hatten[16]), daß die ex damnato coïtu entsprungenen Kinder von ihren Eltern überall nichts erhalten sollten[17]). Allein ich glaube schon früher gezeigt zu haben, daß diese Gesetze bloß von gesetzwidrigen in Form einer Ehe eingegangenen Verbindungen handeln[18]), und so können sie auf die übrigen unehelichen Kinder überall nicht bezogen werden, wie sie denn das ältere Recht in Hinsicht auf den Vater und die väterlichen Verwandten, so viel die aufgeworfene Frage betrifft, nicht verändert haben würden.

Das römische Recht gewährt also so wenig der außer der Ehe Geschwängerten, noch einem unehelichen Kinde ein Klagrecht auf dessen Unterhalt gegen den väterlichen Großvater desselben; und es kann daher ein solcher Anspruch nur aus dem canonischen oder dem gemeinen deutschen Rechte abgeleitet werden.

Das canonische Recht gesteht im cap. 5. X. de eo qui duxit etc. (IV, 7.) zwar nicht nach der berichtigten Theorie, wol aber nach der in Praxis angenommenen Auslegung[19]), den unehelichen Kindern jeder Art nothwendigen Unterhalt vom Vater zu. Allein hieraus folgt nur eine Verbindlichkeit des Vaters, eine des Groß=

---

[16]) L. 3. C. Theod. de incest. nuptiis (III, 12.) L. 6. C. de incest. nupt. (V, 5.)

[17]) L. 6. C. cit. Nov. 74. cap. 6. Nov. 89. cap. 15.

[18]) Abhandl. 1ter Thl. Nro. 8.

[19]) Hufeland, Lehrb. §. 855. 1, ibiq. alleg.

vaters aber um so weniger, als der Fehltritt des Ersten kein Klagrecht gegen den Letzten begründen kann[20].

Daß aber ein Reichsgesetz, oder ein allgemeiner Gerichtsgebrauch irgend ein festes Recht über diesen Gegenstand eingeführt habe, ist bekanntlich nicht der Fall, und besonders der letzte bei dem Schwanken der Praxis, ja bei dem jede Verpflichtung des Großvaters verwerfenden Gerichtsgebrauche mehrer Staaten[21]), nicht anzunehmen.

---

20) Thibaut System §. 348. Hufeland, Lehrb. §. 857.

21) v. Bülow und Hagemann a. a. O. §. 8.

XVI.

Form der Schenkung von Todeswegen. L. ult C. de donationibus causa mortis. (VIII, 57.)

Es wird ziemlich allgemein angenommen, daß Schenkungen von Todeswegen, wo nicht durch ein Testament, nicht anders, wie vor fünf Zeugen, errichtet werden können, und so in Ansehung der Form durchaus den Vermächtnissen gleichgestellt wären [1]). Das Gesetz, worauf sich diese Lehre gründet [2]), ist aber

[1]) Thibaut, System. §. 908. Hufeland, Lehrb. §. 1180. *Kind*, Quaest. for. II, 58. und die das. angef. Schriftsteller.

[2]) L. ult. C. de donationib. causa mortis. (VIII, 57.) §. 1. J. de donationibus (II, 7.) Novella 87.

keineswegs so bestimmt und allgemein gefaßt, daß eine hiervon abweichende Auslegung ausgeschlossen würde, und es muß Zweifel gegen die Richtigkeit jener Meinung erwecken, wenn nach derselben dem Vertrage an sich, wodurch die Schenkung von Todeswegen von den Vermächtnissen sich noch immer unterscheidet, überall keine Wirkung beigelegt wird, obwol derselbe bei der Schenkung unter Lebenden einen persönlichen Anspruch schon längst vor Justinian hervorbrachte[3]). Eine nähere Prüfung dieser Ansicht wird also keine vergebliche Arbeit seyn.

Die Schenkungen von Todeswegen bieten eine so natürliche Einkleidung der Freigebigkeiten dieser Art dar, daß man unfehlbar frühzeitig darauf verfallen mußte, und die Abneigung der Römer gegen Verträge über die Erbfolge veranlaßte sie, indem sie diese Art der Schenkungen für widerruflich erklärten, das seltsame Mittelding zwischen Vertrag und Vermächtniß zu schaffen, was unter jener Benennung auf uns gekommen ist. Die Widerruflichkeit dieser Schenkungen bewirkte nothwendig eine Vergleichung derselben mit den Vermächtnissen; und obwol die Naturen von Beiden, mit der Vereinfachung der Grundsätze von den letzten, sich einander immer mehr naheten, so blieb doch der wesentliche Unterschied bestehen, daß jene die Form eines

---

[3]) L. 12. L. 22. D. de donationibus. (XXXIX, 5.) Hugo, Rechtsgesch. §. 375.

Vertrages unwandelbar erfordern [4]). Auch finden wir diese Schenkungen denen unter Lebenden in Ansehung der Art ihrer Errichtung einander gleichgestellt. Beide bestanden nemlich ursprünglich ohne einige Form durch das bloße Zusammentreffen der beiderseitigen Einwilligung, und wurden gewisse Vorschriften wegen des Beweises gegeben, so bezogen sie sich bloß darauf, ohne daß die Gültigkeit des Vertrages davon abhängig gewesen wäre. Probatio traditae, vel non traditae possessionis, sagt daher Paulus [5]), non tam in iure, quam in facto consistit: ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant; und Constantin verordnete in Beziehung auf beide Arten der Schenkungen, ohne die schriftliche Einkleidung vorzuschreiben, die etwa darüber zu errichtenden Urkunden nicht heimlich, vielmehr so aufzusetzen, daß mehrere Personen darum wußten (scientibus plurimis), auch bei der Uebergabe der geschenkten Gegenstände die Nachbarn zum künftigen Zeugnisse herbeizuziehen (advocata vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide

---

[4]) L. 25. C. de donationibus. (VIII, 54.) L. 55. D. de oblig. et actionib. (XLIV, 7.) L. 75. pr. L. 77. §. 26. D. de Legatis 2. (XXXI.) Thibaut, System §. 908. Hufeland, Lehrb. §. 1177. a. M. ist *Kind*, Quaest. for. II, 58. ibiq. alleg.

[5]) Recept. Sent. L. V. Tit. XI. de donationibus. §. 2.

probabitur etc.)[6]. Selbst die nachmals verordnete Eintragung der Schenkungen in die gerichtlichen Protokolle (Insinuatio gestis intervenientibus)[7]) betraf anfänglich bloß den Beweis, der damit gesichert werden sollte, wie eine weit jüngere Verordnung von Theodosius und Valentinian ersehen läßt. L. 29. C. de donationibus (VIII, 54), welche dieselbe uns aufbewahrt hat, enthält nemlich die Worte: »Si sine scripto donatum quid fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis, hoc quod geritur comprobatur;“ und Kaiser Zeno verfügte später in gleichem Sinne, wobei er zugleich einiger Schenkungen erwähnt, welche weder gerichtlich, noch vor Zeugen errichtet zu werden bedurften[8]). In der Folge ward die gerichtliche Anzeige der Schenkung nur als ein Mittel, dritte Personen gegen Betrug zu sichern, und als eine Bedingung betrachtet, von deren Erfüllung gewisse Schenkungen über einen gewissen Belauf hinaus, nicht aber gänzlich ihrem Rechtsbestande nach abhängig seyn sollen[9]).

In dieser Lage der Gesetzgebung ward der Zweifel erregt, ob die Vergleichung der Schenkungen von To-

---

6) L. 1. C. Theodos. de donationib. (VIII, 12.) cf. L. 25. C. eod. tit. (VIII, 54.)

7) L. 25 et 27. C. l. cit.

8) L. 31. C. eodem.

9) L. 34, pr. et L. 36. §. 3. C. eod. tit.

deswegen mit den Vermächtnissen jene nicht von der Nothwendigkeit einer gerichtlichen Anzeige befreien müsse? Justinian suchte denselben durch die Verordnung zu lösen, welche L. ult. C. de donationibus causa mortis (VIII, 57.) enthält. Dieselbe lautet so:

„Cum de mortis causa donatione dubitabatur; et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt, et legatis aggregandam esse censuerunt; alii autem inter donationes quae inter vivos consistunt, eam posuerunt; dubitatione eorum explosa, Sancimus omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt; actis minime indigere; neque exspectare publicarum personarum praesentiam, et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi. Sed res ita procedat, ut si quinque testibus praesentibus, vel in scriptis, vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere: et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in eam calumniam accipiat; neque propter hoc, quod gesta accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates; neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur.“

Es wird hier erklärt, daß Schenkungen von Todeswegen als Vermächtnisse betrachtet und aufrecht erhalten werden sollten, sobald sie mit den für die Letzten erforderlichen Förmlichkeiten, nemlich vor den fünf Zeugen errichtet werden, welche zu einem Codicille nöthig sind. Ein Mehreres enthält diese Verordnung

nicht, und keineswegs bestimmt sie, daß solche Schenkungen nicht bestehen könnten, wenn ohne jene fünf Zeugen hinzuziehen die Erfordernisse gewöhnlicher Schenkungen beobachtet worden sind. Sie bedürfen der gerichtlichen Eintragung nicht (actis minime indigere), sobald nemlich sie als Vermächtnisse aufrecht erhalten werden können; also bedürfen sie dagegen der Form dieser Letzten nicht, wo sie als Schenkungen bestehen, deren Natur sie doch keineswegs ablegen sollen (neque ex quacunque parte absimilis eis, scil. ultimis voluntatibus, intelligantur); und da Schenkungen bis zu 500 Ducaten überall weder eine Form erfordern, noch von der gerichtlichen Anmeldung abhängig sind, gewisse Arten von Schenkungen auch ohne die Anzeige vor Gericht selbst über jenen Betrag hinaus bestehen; so folgt, daß in solchen Fällen weder eine solche gerichtliche Handlung, noch die Errichtung vor fünf Zeugen nöthig erachtet werden kann. Die vorausgeschickte Veranlassung dieses Gesetzes und die Fassung seines dispositiven Theils ergeben, daß nur dieses, nicht aber eine ausschließliche Form der Schenkungen auf den Todesfall hier verordnet ist. Und offenbar hätte der Gesetzgeber sich anders ausdrücken müssen, wenn seine Absicht dahin ging, daß solche Schenkungen nur bestehen sollten, in sofern sie als Vermächtnisse errichtet werden. Indem der Unterschied zwischen beiden, daß jene einen Vertrag voraussetzen, diese vermöge einer einseitigen Willensäußerung entstehen, noch ferner beibehalten ward, mußte solchem doch einiger Einfluß bleiben, dem Vertrag irgend eine Wirkung beigemessen

werden. Bewirkt derselbe bei Schenkungen unter Lebenden immer die Rechtsbeständigkeit der Gabe bis zu 500 Dukaten; wie sollte er es nicht bei den Schenkungen von Todeswegen thun, die eben weil sie stets widerruflich sind keine Gefahr einer Uebereilung drohen? Der Reichsabschied von 1512, Tit. von Testamenten, kann die gemeine Meinung noch weniger begründen. Er enthält bekanntlich in dieser Stelle nur Belehrungen für die Notarien nach den bestehenden Rechten, aber keine neue Gesetzgebung über die Form der Rechtsgeschäfte. Ueberdem verordnet er auch bloß, daß bei Codicillen fünf Zeugen zuzuziehen wären, ohne zu bestimmen, daß Schenkungen von Todeswegen nur auf diese Weise errichtet werden könnten[10]).

Die hier ausgeführte Meinung findet sich auch in einem schätzbaren Werke aufgestellt, aber ohne daselbst entwickelt zu seyn[11]).

---

10) „Aber in Codicillen, nemlich darin einem, außerhalb An„sehung oder Machung anderer Erben, Etwas nach eines Tode „von desselben Erben zu reichen und zu empfahen gesetzt, ver„macht, verlassen, oder zu treuen Händen befohlen wird, oder „ihm übergeben, von Todeswegen geschehen. — auf's wenigste „fünf Zeugen."

11) Zachariä, Institutionen ꝛc. S. 451. *J. T. Richter*, D. de acceptatione in don. m. c. non neccessaria. Lips. 1744 und *Püttmann*, Miscellan. (Lips. 1793.) p. 78 sq. führen die gewöhnliche Meinung aus.

XVII.

Vom Remedio L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo (VI, 33), und ob dasselbe einem Universalfideicommissar, zumal auf dem Grunde eines Codicills zustehe?

1. Anfänglich hatte nur der, nach prätorischen Rechten eintretende gesetzliche Erbe ein, auf die Erlangung des Besitzes der Erbschaft gerichtetes Rechtsmittel, das Interdictum quorum bonorum; und wenn die Praxis dieses Interdict bald ausdehnend anwandte, so konnte es nur auf den Civilintestaterben bezogen werden [1]); in-

[1]) L. 1. D. quorum bonorum (XLIII, 2.): „Quorum bonorum *ex Edicto meo* illi possessio data est etc." L. 1

dem nur auf diesen die Analogie des prätorischen Rechtes paßte, bei der testamentlichen Erbfolge hingegen eine Ausnahme von der gesetzlichen begründet, ein durch die Gesetze berufener Erbe ausgeschlossen werden soll.

Dennoch führte die Sorge für die Sicherung der auf testamentliche Erbschaften gelegten Abgabe[2]), der vicesimae hereditariae, unter Hadrian zu einer Anwendung jenes Interdicts auf die Erbfolge aus einem Testamente. Damit nemlich jedem Aufschube der Entrichtung jener Abgabe vorgebeugt werden möchte, ward nicht nur den Behörden vorgeschrieben, von amtswegen mit Eröffnung der Testamente zu verfahren[3]), sondern auch des ernannten Erben Befugniß zur Besitzergreifung der Erbschaft an eines Jahres Frist gebunden, und hiernächst zur Erleichterung der Erbschaftsantretung dem Erben das Recht ertheilt, wie dort beim Interdicto quorum bonorum mit alleiniger Bezugnahme auf den

---

C. eod. (VIII, 2.) *Voet*, Comm. ad Pand. L. 43. T. 2. §. 1.

[2]) Durch die L. Julia vicesimaria. *S. Schulting*, Jusisprud. Antejust. pag. 400 (in not. 1. ad *Paull.* Rec. Sent. IV, 6. 1.) Hugo, Rechtsgesch. §. 270.

[3]) *Paulus*, Rec. Sent. L. IV, Tit, 6. §. 3: „Testamentum Lex statim post mortem testatoris aperiri voluit etc.; — nec enim oportet, testamentum heredibus, aut legatariis, aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri.“

Buchstaben des prätorischen Edicts, so hier auf dem Grunde des Testaments, ohne sich über dessen innere Mängel in Verhandlungen einzulassen, eine Einweisung in den Nachlaß des Testators unter Vorbehalt des Petitoriums auszuwirken[4]). Hiermit war also dem Testamentserben ein Interdictum quorum bonorum utile ertheilt[5]), dem prätorischen Interdicte im Wesentlichen gleich; und da ein Mangel in der äußern Form das Testament in der Regel nichtig macht[6]), es also wie nicht vorhanden in solchem Falle angesehen werden muß, so leidet es keinen Zweifel, daß die Einweisung ex Edicto D. Hadriani nur auf dem Grunde eines Testaments hat erlangt werden können, welches keinen ersichtlichen Mangel hatte.

2. Als in spätern Zeiten die gedachte Abgabe von

---

[4]) *Paulus*, rec. Sent. L. III, Tit. 5. §. 16: „Scriptus heres ut statim in possessionem mittatur, iure desiderat. Hoc post annum impetrare non poterit.“ und ibid. §. 14: „Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione, scriptus heres iure in possessionem mitti desiderat.“

[5]) L. 7. C. Th. de testam. et codic. (IV, 4.) „ aut ex edicto divi Hadriani se mitti in possionem ex more petierit.“ L. 2. C. de edicto D. Hadr. tollendo (VI, 33.)

[6]) L. 8. §. 1. C. de codicillis (VI, 36.) L. 11, §. 1. D. de legatis 3 (XXXII.) L. 29. D. Qui testam. fac. poss. (XXVIII, 1.)

den testamentlichen Erbschaften außer Gebrauch gekommen war, fand Justinian es unpassend, die Besitzergreifung des ernannten Erben von der einjährigen Frist länger abhängen zu lassen. Er hob dieses auf, und damit es nicht scheinen möchte, als habe die Verordnung Hadrians in den übrigen Bestimmungen auch abgestellt werden sollen, wiederholte er gleichsam vorbehaltend, was in Beziehung auf das darin dem Testamentserben ertheilte possessorische Rechtsmittel bisher Rechtens gewesen war. Dieses ist der Inhalt der bekannten L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo (VI, 33.). Es führt also dieses Gesetz kein neues Rechtsmittel ein, und selbst die mannichfach erwogenen [r]) Worte desselben: »Si quis competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum etc.;« enthalten nur eine nähere Bestimmung dessen, was bereits zuvor in den Gerichten beobachtet seyn mußte, sollte das Edict Hadrians auch diesen Punkt mit Stillschweigen übergangen, und zur Ergänzung durch die Praxis verstellt haben.

3. Bei der Freigebigkeit, womit Rechtslehrer und Gerichte die beiden possessorischen Klagen, das Interdictum quorum bonorum und das remedium ex L. ult.

---

r) Leyser, Med. ad Pand. Sp. 500, med. 12 sq.

C. de ed. D. Hadr. toll. nemlich, auf gesetzliche und letztwillige Erben aller Art anwenden[8]), scheint es hart, dasselbe einem Universalfideicommissar zu versagen. Der Erbe durch Vertrag, den Römern völlig unbekannt, lag gewiß außer dem Gesichtskreise des Gesetzgebers und dennoch giebt die Praxis demselben jenes Rechtsmittel. Auch ist der Universalfideicommissar wenigstens demjenigen Erben zu vergleichen, welchem ein Theil der Erbschaft zukommt, seitdem Fiduciar und Fideicommissar die Forderungen und Verpflichtungen der Erbschaft nach Verhältniß theilen[9]).

Allein mit Recht wird das remedium L. cit. dem Fideicommißerben versagt. Nicht etwa gilt dieses nur in dem Falle, wenn er durch ein Codicill ernannt worden ist und zwar bloß deshalb, weil das Gesetz allein von Testamenten und nicht von Codicillen redet[10]); denn seit der erwähnten ausdehnenden Anwendung hat dieser Grund sein Gewicht verloren. Es geht solches vielmehr aus der eigenthümlichen Natur der fideicom-

---

[8]) *Voet*, Comm. ad Pand. L. 43. t. 2. Geiger u. Glück, Rechtsf. I, 7. §. 4. Thibaut Syst. §. 744. Hufeland, Lehrb. §. 1982.

[9]) L. 45. D. ad Sct. Trebellianum (XXXVI, 1.) L. 2. C. eod. (VI, 49.)

[10]) Dieses ist der gewöhnlich für diese Meinung angeführte Grund; s. Cocceji J. C. Contr. L. 43. T. 2. Qu. 2.

missarischen Erbfolge hervor. Der Fideicommißerbe folgt nemlich nur mittelbar dem Erblasser, so daß er bloß gegen den Fiduciar einen Rechtsanspruch hat, und dieser dem Rechte nach des Erblassers einziger Erbe ist. Dabei schließt jener nie das Recht desjenigen, gegen welchen er seinen Anspruch richtet, gänzlich aus, indem ihm nur ein Theil des Ganzen, selbst beim Universalfideicommiß wegen des pegasianischen Senatsbeschlusses, zukommt, wogegen der Testamentserbe als solcher im Falle der L. ult. C. cit. ein ausschließliches Recht in Anspruch nimmt.

Der Zweck der Gesetzgebung, wie er auch nach dem Abkommen der vicesima hereditaria bestehen geblieben ist, war die Ungewißheit der Vermächtnißnehmer abzukürzen, indem die Entscheidung über die Gültigkeit des Testaments durch die erleichterte Besitzergreifung von Seiten des eingesetzten Erben herbeigeführt werden sollte [11]. Nun kann aber der Fideicommissar sein Recht allein unter Umständen geltend machen, wo die directe Erbfolge in den Nachlaß des Fideicommittenten außer Streit ist; und diese wesentliche Verschiedenheit zwischen der directen und fideicommissarischen Erbfolge steht allein schon der analogischen Anwendung des remedii L. ult. C. cit. auf den Fideicommißerben entgegen. Es steht ferner einer solchen Anwendung entgegen, daß

---

[11]) *Paulus*, rec. Sent. L. 4. Tit. 6. §. 3. S. oben Note 3.

der Fiduciar vor Abtretung der Fideicommisses das trebellianische Viertheil abzuziehen [12]), oder wegen dessen Sicherung Berechnungen und Abschätzungen vorzunehmen berechtigt ist [13]), der Fideicommißerbe dagegen nur den Ueberschuß desjenigen anzusprechen hat, was nach Abzug jenes Viertheils überbleibt, und daß die Vertheilung der Erbschaft nach intellectuellen Antheilen eine Auseinandersetzung erfordert, wodurch ein Verfahren herbeigeführt wird, welches mit demjenigen der possessorischen Rechtmittel unvereinbarlich erscheint.

Gründet sich nun überdem der Fideicommissar in einem Codille, so tritt diesem noch hinzu, daß sodann der Fideicommittent den vorläufigen Besitz des Erben gleichsam anerkannt und den Fideicommissar an denselben verwiesen hat, um von ihm auf gewöhnlichem Wege die Ueberweisung des Fideicommisses zu erwirken. Denn ein Codicill setzt einen Erben voraus, an welchen es gerichtet wird, und indem es die Verhältnisse zwischen Fiduciar und Fideicommissar nach der Bestimmung der Gesetze wenigstens stillschweigend bestätigt, schließt es jeden possessorischen Rechtsstreit zwischen Beiden über die Herausgabe des Fideicommisses aus, weil ein solcher nur Statt finden kann, wo das angesprochene Recht bestritten wird, hier aber der Lage

---

12) §. 57. J. de fideicomm. hered. (II, 23.)

13) L. 1. §. 16. D. ad Sct. Trebell. (XXXVI, 1.)

der Sachen nach ein possessorium selbst dann nicht einzutreten vermag, wenn der Fiduciar dem Fideicommissar sein Recht zugesteht[14]).

---

[14]) Ueber den Unterschied des remedii ex L. ult. C. de edicto D. Hadr. toll. und des Executivprozesses auf dem Grunde eines Testamentes, zumal wegen Legate, s. *J. H. Berger*, suppl. ad Elect. disc. for. P. I, t. 5. §. 9. auch *Kind*, quaest. for. I. 51.

XVIII.

Unter welchen Umständen ist anzunehmen, daß der Gläubiger einen ihm zustehenden Solidaranspruch unter den correaliter verpflichteten Schuldnern getheilt und sich des Rechts, jeden auf das Ganze zu belangen, begeben habe? L. 8. §. 1. D. de Legatis 1 (XXX) und L. 18. C. de Pactis. (II, 3.)

---

1. Die Einrede der Theilung (exc. divisionis), welche Gesetz und Praxis auch dem Correalschuldner (rei promittendi) in der Regel beilegen, sobald der Gläubiger die übrigen Schuldner ohne Mühe und mit Erfolg ausklagen kann[1]),

---

[1]) Nov. XCIX. *Pufendorf*, II, 77. *Thibaut*, Syst. §. 227 und die Literatur bei *Glück*, Comm. §. 339 (IV,

ist von derjenigen Theilung, welche der Gläubiger vornimmt, indem er seines Rechts aus der Correalverpflichtung seiner Schuldner sich begiebt, durchaus und so verschieden, daß von der Einen auf die Andre keine Folgerung Statt findet. Es ist vielmehr die aufgeworfene Frage aus den Grundsätzen von dem, bei der Correalverbindlichkeit einem Gläubiger zukommenden Rechte der Wahl und des Wechsels (jus eligendi et variandi) zu antworten.

Wenn nach dem ältern römischen Rechte, sobald der Gläubiger einen der Correalschuldner auf das Ganze belangt hatte, die Uebrigen mit einer Einrede sich schützen konnten, und ihre Verbindlichkeit nur wieder eintrat, in sofern Jener nicht zu zahlen vermochte; das ius variandi damals also noch nicht unbedingt eintrat[2]): so hat Justinian dieses abgeändert und verordnet, daß die Auswahl eines Beklagten unter den Correalschuldnern (electio), selbst wenn die Einlassung erfolgt wäre, dem Gläubiger das Recht zu wechseln, mithin die angestellte Klage aufzugeben und einen andern seiner Schuldner zu belangen, nicht nehmen sollte: „Idemque in duobus reis promittendi constituimus, verordnet L. 28. C. de fidejussor. (VIII, 41.), ex unius rei

S. 520.) Bucher, Recht der Forderungen §. 38. and. Mein. ist Hufeland, Lehrb. §. 469, d).

[2]) L. 51. §. 4. D. de evictionibus (XXI, 2.) L. 47, §. 3. D. de peculio. (XV, 1.)

electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras, donec per omnia ei satisfiat.« Eine folgerechte Anwendung des Grundsatzes, welchen Ulpian in L. 1. §. 43. D. depositi (XVI, 3.) aufstellt: »non enim electione sed solutione liberantur« (scil. correi).

Die Verordnung ist allgemein, und umfaßt nicht nur den Fall, wo der zuerst angegriffene Schuldner auf den ganzen Betrag der Forderung belangt war, sondern auch denjenigen, wo nur ein Theil der Schuld einen Gegenstand der frühern Klage abgegeben hatte. Wie dort, der erhobenen Klage ungeachtet, ein andrer Correalschuldner auf das Ganze belangt werden kann, muß solches auch im letzten Falle, und nicht etwa nur in Ansehung des bisher nicht klagbar gemachten Theils der Forderung geschehen können. Denn in der Beschränkung der ersten Klage auf einen Theil des Anspruchs liegt an sich kein Grund, des Gläubigers Klagrecht gegen einen andern Schuldner derselben Forderung auf jenen Rest herabzusetzen: da jene Klage nur ein Versuch konnte seyn sollen, wenigstens Etwas von dem ersten Beklagten zu erlangen, ohne die aus der Correalverpflichtung hervorgehende Befugniß aufzugeben, ein solcher Anspruch auch seiner Natur nach nur demjenigen, gegen welchen er erhoben war, nicht aber dritten Personen Rechte zu geben geeignet ist. Entscheidend bleibt also hier der Grundsatz: non electione, sed solutione correum liberari, und die Bestimmung des Gesetzes: remanere - creditori actiones integras, donec per omnia ei satisfiat, als Wirkung des dem

Gläubiger ohne Einschränkung ertheilten iuris variandi [5]).

2. Folgt dieses aus dem Begriffe der Sache und der Fassung des Gesetzes in Beziehung auf das Klagrecht des Gläubigers gegen einen Mitschuldner, welcher bisher nicht belangt war; so gilt ein Gleiches auch in Ansehung der Klage gegen den bereits auf einen Theil der Forderung in Anspruch genommenen Correalschuldner. Auch dieser kann, der gegen ihn erhobenen Klage ungeachtet auf die ganze Forderung, oder den bisher nicht klagbar gemachten Rest derselben belangt werden. So wenig nemlich die Annahme einer abschläglichen Zahlung den Anspruch auf den Rest aufhebt, eben so wenig kann auch allein aus dem Einklagen eines Theils der Forderung ein Mehreres, als eine für den Rest gestattete Stundung gefolgert werden. Diesen Grundsatz nimmt Pomponius an: L. 8. §. 1. D. de legatis L (XXX). „Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus, aut Mevius heres meus decem Sejo dato; cum utro velit, Seius aget. Ut si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur; quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo, si ab altero

---

5) In Beziehung auf die mandatores war dieses schon früher Rechtens. L. 23. C. de fidejussor. (VIII, 41.) „reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti, cum nullus ex his electione liberetur, licet.“

partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquum petere. Idem erit, etsi alter partem solvisset.« Wenn von zwei Correalschuldnern der Eine, einen Theil der Schuld, freiwillig oder auf geschehene Anmahnung, bezahlt haben, oder deshalb gerichtlich belangt seyn sollte, so bleibt dem Gläubiger die Klage wegen des Restes wie gegen den andern Schuldner, so auch gegen den bereits in Anspruch Genommenen. Liberum erit ab alterutro reliquum petere sagt das Fragment.

3. Jedermann kann ein ihm zustehendes Recht aufgeben, und also hängt es nicht nur von dem Gläubiger ab, ohne seiner Befugniß aus der Correalverpflichtung seiner Schuldner sich zu bedienen, Jeden derselben zu dessen Antheil zu belangen; sondern er kann auch jener Befugniß sich begeben und diesen Verzicht ausdrücklich, oder durch Thatsachen erklären. Daß aber hierzu unzweideutige Thatsachen erfordert werden, folgt nicht nur aus der Natur einer Verzichtleistung, welche nicht leicht vermuthet werden soll*), vielmehr auch aus dem iure variandi, welches, nach seinem oben entwickelten gesetzlichen Umfange, eine Klage auf einen Theil der Forderung nur als einen vorläufigen Versuch, auf solche Weise allmählig das Ganze beizutreiben, keinesweges aber als eine stillschweigende Erklärung über eine unbedingte Beschränkung des Klagrechts anzusehen gestattet. Auch ist bei der Würdigung solcher Thatsachen in der bemerkten Beziehung nicht zu übersehen, daß

*) L. 25. pr. D. de probationibus. (XXII, 3.)

sie nur in sofern folgerecht angenommen werden können, als sie einen stillschweigenden Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldnern enthalten, nicht aber bloß als eine einseitige Willensäußerung des Ersten erscheinen, welche Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen nicht geeignet seyn würde.

4. Sobald der Gläubiger seinen Solidaranspruch unter sämmtliche Schuldner verhältnißmäßig vertheilt, so stellt er die Regel wieder her, von welcher die Correalverbindlichkeit nur eine Ausnahme bildet[5]; und eben deshalb legen die Gesetze einer, gegen jeden der Correalschuldner auf dessen Antheil an der Gesammtschuld gerichteten Klage die Wirkung einer Verzichtleistung auf das Recht aus der Solidarität der Forderung bei, und erklären den Gläubiger in solchem Fall seines iuris variandi verlustig. »Cum inter fidejussores actione divisa, sagt Papinian in L. 51. §. 4. D. de fidejussoribus (XLVI, 1.), quidem post litem contestatam solvendo esse desierunt, ea res ad onus eius, qui solvendo est, non pertinet; nec auxilio defendetur aetatis actor; non enim deceptus videtur, iure communi usus[6].« Diese gesetzliche Vermuthung eines Verzichts auf das Recht aus der Correalverpflichtung der

---

[5]) Nomina sunt ipso iure divisa. L. 2, §. 5. L. 4. pr. L. 25, §. 1. D. familiae erciscundae (X, 2.)

[6]) Vergl. L. 3, §. 1. et L. 11. pr. D. de duobus reis (XLV, 2.)

Schuldner tritt aber nur dann ein, wenn die Forderung nicht zu willkührlichen Antheilen, sondern verhältnißmäßig, pro rata, nemlich so vom Gläubiger vertheilt worden ist, wie sie ohne die eingegangene Correalverbindlichkeit kraft des Gesetzes vertheilt gewesen seyn würde. Es folgt dieses aus den Grundsätzen nicht nur, sondern wird auch in dem angeführten Fragmente angedeutet, indem die Schlußworte: iure communi usus, ersehen lassen, daß daselbst keine willkührliche Vertheilung des Klaganspruches, sondern nur eine, den Bestimmungen des Rechts angemessene vorausgesetzt worden sey. Auch findet die Wirkung des Verlusts der, in der Solidarität gegründeten Rechte hier nur unter der Voraussetzung Statt, daß die Schuldner durch den Vertrag der Einlassung auf die Klage (»post litem contestatam«), den stillschweigenden Verzicht des Gläubigers angenommen und daraus ihrer Seits eine Einrede erworben haben. Hiermit stimmt ein Rescript des Kaisers Gordian überein: L. 16. C. de fideiussoribus (VIII, 41.) »Liberum fuit antequam lis a d v e r s u s o m n e s fideiussores contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo caeteros minus idoneos existimaret. At nunc, p o s t l i t i s c o n t e s t a t i o n e m, petitionem divisam redintegrari, iuris ratio non patitur.« Denn indem hier alle Bürgen zugleich belangt seyn sollen, ist vorauszusetzen, daß es verhältnißmäßig geschehen war, und die Theilung des Klagrechts in Rücksicht der, ohne Solidarität eintretenden Verpflichtung jedes Einzelnen Statt gefunden hatte; die der Einlassung beigelegte Wirkung kann sich

aber nur in deren Eigenschaft eines Vertrages gründen, wodurch die bis dahin einseitige Willensäußerung des Gläubigers unwiderruflich gemacht und, den Schuldnern Rechte zu geben, geeignet wird.

Das bloße Belangen aller Schuldner vermöge eines und desselben Klaglibells, läßt jedoch eine solche Theilung des Klagrechts nicht annehmen[7]). Denn eben diese Verbindung legt die Absicht des Gläubigers dar, seine Schuldner als Streitgenossen, und die Forderung als ungetheilt behandeln zu wollen; zumal die bekannten Prozeßgesetze über die subjective Klagenhäufung nicht gestatten, ein Vorhaben dem Gläubiger unterzulegen, was seinen Libell als unförmlich darstellen würde. Die Theilung ist vielmehr nur da für geschehen anzusehen, wo der Gläubiger seinen Solidaranspruch nicht mehr als eine einzige Forderung behandelt, sondern in die Antheile der einzelnen Schuldner auflöset, und als so viel einzelne Obligationen geltend macht. Dieses geschieht, wenn er jeden Schuldner einzeln zu seinem

---

[7]) Mevius, Decision. T. I. Part. 3. nro. 419. und T. II. Part. 6. nro. 92 behauptete dieses. Allein die dafür angeführten L. 18. C. de pactis (II, 3) L. 51. §. 4. D. de fidejussor. (XLVI, 1) und L. 16. C. eod. (VIII, 41.) beweisen solches um so weniger, als keine dieser Gesetzstellen andeutet, daß in den ihnen untergelegten Fällen der Gläubiger die Schuldner zugleich in demselben Libelle belangt hatte. Es ist also nicht einmal nöthig, sie mit Glück, Comment. IV, S. 525. von einer ausdrücklichen Erklärung des Gläubigers über die Theilung seines Anspruchs zu verstehen.

Antheile belangt; es sey nun in besondern Klaglibellen, oder unförmlicher Weise in demselben.

5. Wird nur Einer der Correalschuldner zu seinem Antheile belangt, so kann daraus keine Theilung des Solidaranspruches für die andern Schuldner hervorgehen; vielmehr bleiben diese nicht nur für den Rest der Forderung, sondern auch für den klagbar gemachten Theil derselben solidarisch verhaftet, wie dieses oben (§. 1.) gezeigt worden ist[8]).

Ob aber nicht in Ansehung des, zu seinem Antheile belangten Schuldners eine Theilung anzunehmen und derselbe, als vom Gläubiger seiner Correalverpflichtung entlassen, zu betrachten sey, ist eine sehr bestrittene Frage[9]). In der Regel findet eine solche Rechtsvermuthung nach den früher entwickelten Grundsätzen (§. 2.) nicht Statt, und die Wirkung einer unter allen Correalschuldnern vorgenommenen Vertheilung des Anspruches kann hier um so weniger eintreten, als in diesem Falle die Solidarität keineswegs, durch Herstellung der in Regel eintretenden Vertheilung der Verbindlichkeit gänzlich aufgehoben, vielmehr wenigstens in Ansehung des nicht klagbar gemachten Restes bestehen gelassen seyn würde. Dennoch kann auch hier ein

---

[8]) S. auch *Voet*, Comm. ad P. XLV, 2, 4.

[9]) *Donellus*, Comm. ad LL. 18. C. de pactis (II, 3.) et 23. C. de fidejuss. (VIII, 41.) *Lauterbach*, Coll. XLV, 2. 21. *Cocceji*, J. C. Contr. XLV, 2, 8. Hufeland, Lehrb. §. 334. *Malblanc*, Princ. iur. rom. §. 250.

stillschweigender Vertrag über den Erlaß der Correalverbindlichkeit nicht ausgeschlossen werden, und entscheidende Thatsachen müssen eine ausdrückliche Willenserklärung ersetzen können. Die Einforderung oder Annahme des verhältnißmäßigen Antheils wird also unter Umständen einen solchen Erlaß darlegen, und den Schuldner gegen jeden Anspruch wegen des Restes der Forderung sicher stellen; z. B., wenn sie zu einer Zeit erfolgte, wo die übrigen Schuldner bereits vergebens ausgeklagt, oder kundbar zahlungsunfähig waren; oder auch nachdem der Schuldner die Correalverbindlichkeit geleugnet, oder ihre Wirkung abgelehnt hatte; weil sodann die Beschränkung der Klage, oder die ohne Vorbehalt geschehene Annahme eines verhältnißmäßigen Theils der Forderung, offenbar einen Erlaß der Correalpflicht darlegt. Einen solchen Fall hat das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian vor Augen, welches in L, 18. C. de pactis (II, 3.) enthalten ist: »Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona solventem probaveritis; aditus Rector provinciae, — ne alter pro altero exigatur providebit.« Hier hatte der Gläubiger nemlich von einem der Correalschuldner Zahlung dessen Antheils der Gesammtforderung, »ex parte debiti,« und zwar als sey dieser bloß für seine Person und nur so weit verpflichtet, »admisisse quemquam pro sua persona solventem,« und ohne Vorbehalt angenommen; daher der Schuldner seiner Verbindlichkeit als correus für stillschweigend entlassen angesehen ward. Auf diese Weise hebt sich der anscheinende Widerspruch zwischen dieser

Gesetzstelle und L. 8. §. 1. D. de Legatis 1. (XXX.)[10]), indem Letztere von einer Klage auf einen Theil der Gesammtforderung handelt, ohne dabei, weder daß solches gerade der verhältnißmäßige Antheil des Beklagten an der Solidarschuld, noch auch vorauszusetzen, daß solche Thatsachen hinzugekommen wären, welche einen Verzicht des Gläubigers auf das Recht aus der Solidarität anzunehmen gestatteten.

---

10) S. oben §. 2.

XIX.

In wiefern kommt der, gegen einen Correalschuldner erklärte Schulderlaß dem Andern zu Statten? L. 21. §. fin. D. de pactis (II, 14.)

1. Die mehrsten Rechtslehrer nehmen an, daß ein Schulderlaß, welcher in einem Vertrage, mit Einem der Correalschuldner sich gründet, dem Mitschuldner, wo nicht nach strengem Rechte, wenigstens arg. 21. §. L. ult. de pactis (II, 14.) und deshalb zu Theil werden müsse, weil der paciscirende Correalschuldner als Geschäftsführer des Andern anzusehen sey [1]). Allein jenes Fragment handelt nur von der Wirkung eines die ganze Forderung, in Ansehung eines jeden Verpflichteten aufhebenden Er-

---

[1]) Glück, Comment. IV, S. 588 flg. und daselbst angef. Schriftsteller.

lasses, (pactum in rem, [2]) enthält also keine allgemein anwendbare Bestimmung, und der letzte Grund mögte oft mit den Umständen in Widersprnche stehen, unter welchen der Schulderlaß erklärt ist. Eine Erörterung der aufgeworfenen Frage wird also nicht überflüßig seyn.

Das Wesen der Correalverbindlichkeit besteht darin, daß jeder mit derselben behaftete Schuldner sie ganz und ohne Rücksicht auf seinen Mitschuldner trägt. Alle Hülfsmittel, wodurch die Gesetzgebung das strenge Recht gemildert hat, gehen von diesem Grundsatze aus, und gewähren nur Einreden, welche seine Anwendung unter gewissen Voraussetzungen für den Schuldner weniger drückend machen, jeder Unbilligkeit dabei vorbeugen sollen, ihn jedoch selbst bestehen lassen [3]). So lange diese

---

[2]) Vergl. L. 7. §. 8. D. de pactis (II, 14.) «Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam, in personam, quoties ne a persona petam, i. e. ne a Lucio Titio petam.»

[3]) L. 9. pr. D. de pactis (II, 14.). L. 2. D. de duob. reis (XV, 2.) «Cum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt, ipso iure et singulis in solidum debetur, et singuli debent. Ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio.» L. 3, §. 1. eod. «utique enim, cum una sit obligatio, una et summa est.» L. 9, §. 2. eod. «Nam etsi maxime parem suscipiunt causam, nihilominus in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio.» Nov. XCIX. «— servari quidem pactum; servabitur pactionis modus» etc.

Verbindlichkeit an sich nicht erloschen oder aufgehoben ist, haftet also in der Regel Jeder der Correalschuldner; so wie dagegen ein Jeder derselben durch ihre Aufhebung befreiet wird, ohne Unterschied, ob er selbst dazu gewirkt hat, oder nicht. Diese Aufhebung muß aber auf die Forderung des Gläubigers selbst, nicht bloß auf die Verpflichtung des Einen der Correalschuldner sich beziehen; das Klagrecht aus der Verbindlichkeit auslöschen, und nicht nur eine Einrede begründen, die den Umfang desselben in der Anwendung beschränkt. Denn in diesem Falle würde die Verbindlichkeit bestehen bleiben, und selbst die Beschränkung des Klagrechts nur von demjenigen der Schuldner geltend gemacht werden können, der die darauf gerichtete Einrede erworben hat. Jenes Erlöschen der Verbindlichkeit ist nun auch hier eine Folge jeder Art der geschehenen Erfüllung derselben, sey es durch Zahlung, Gegenrechnung u. s. w. Bei der vertragmäßigen Aufhebung aber hängt die Wirkung für den andern, nicht mit paciscirenden Correalschuldner von dem Umfange und der Beziebung ab, welche die Contrahenten ihrem Vertrage gegeben haben. Die Acceptilation hob die Stipulation, und also den Grund der vertragmäßigen Correalverbindlichkeit auf, sie enthielt überdem in ihrer Form ein feierliches Bekenntniß erhaltener Befriedigung an Seiten des Gläubigers, und tilgte daher dessen Forderung unbedingt und selbst in Ansehung des andern Schuldners [4]).

---

[4]) L. 5. L. 16. D. de acceptilatione (XLVI, 4.) « — quo-

2. Bei dem Schulderlasse, remissio, pactum de non petendo, treten andre Rücksichten ein. Ohne nemlich hier zu erörtern, in wiefern ein einfacher Vertrag das aus einem Contracte hervorgehende Klagrecht aufheben könne, weil er nach römischen Rechten nur eine Einrede begründete [5]), genügt es zu bemerken, daß ein Schulderlaß nicht wesentlich auf die Forderung sich bezieht, sondern dieselbe bestehen lassen, und nur die Verbindlichkeit des Einen der Correalschuldner zum Gegenstande haben kann. Die aufgeworfene Frage wird also nicht immer auf gleiche Weise, sondern nach der aus den Umständen abzunehmenden Absicht der Contrahenten zu beantworten seyn. Und dieses ist denn auch, was die Gesetze bestimmen.

---

niam velut solvisse videatur is, qui acceptilatione liberatus est.» L. 2. D. de duob. reis (XV, 2.)

5) Nach den jetzt, von der verbindlichen Kraft der Verträge bestehenden Grundsätzen würde dieser Unterschied ohne practischen Werth seyn; wenn auch das römische Recht die Einrede aus einem Schulderlasse unter Umständen dem andern Correalschuldner, welcher den Vertrag nicht mit eingegangen war, nicht selbst mittheilte, wie unten gezeigt werden wird. Die Erklärung des *Voet*, Comm. ad Pand. XLV, 2, 5. von L. 27. pr. D. de pactis (II, 14.) verdient daher keinen Beifall. Der Correalgläubiger hatte im Falle des Gesetzes seinem Mitgläubiger vielmehr nichts vergeben können, und Jedem von ihnen stand ein von einander unabhängiges Klagrecht zu. S. Glück Comm. IV, 521 und die in Note 70, daselbst angeführten Schriftsteller.

Deutet die, den Schulderlaß enthaltende Erklärung auf das Klagrecht selbst, ist der Vertrag auf die Forderung gerichtet, in rem conceptum; so ist eine Aufhebung der Verbindlichkeit, auch für den nicht paciscirenden Mitschuldner vorhanden, es mag seiner im Vertrage gedacht seyn oder nicht. Zwei Fragmente von **Paulus** enthalten diesen Grundsatz. L. 21. §. ult. D. de pactis (II, 14.): «In his, qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur? Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit; itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet» und L. 7. §. 1. D. de exceptionibus (XLIV, 1.): «Rei cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt.»[6]) Eine solche Vereinbarung gleicht nemlich ihrem Wesen nach der Acceptilation, in sofern sie ein Bekenntniß des Gläubigers über seine Befriedigung darlegt; oder sie ist einer Schenkung zu vergleichen, bei welcher die Uebergabe gleichsam brevi manu, durch Anweisung der eignen Schuld des paciscirenden Correalschuldners geschieht, die Forderung aber sofort durch Confusion erlischt. Auf diese Weise erklärt sich, wie ein bloßer Vertrag auch dem Dritten Rechte geben, oder vielmehr die Befugniß mittheilen konnte, durch eine Einrede auszuführen, daß der Gegenstand der Klage nicht mehr vorhanden sey.

Sobald hingegen der Erlaß nicht auf die Schuld

---

[6]) Vergl. L. 8. §. 4. D. de liberatione legata (XXXIV, 3.)

selbst, und eben deshalb nur auf die Verbindlichkeit des mitcontrahirenden Correalschuldners bezogen worden ist, pactum in personam conceptum; so besteht die Verpflichtung des andern Schuldners in der Regel noch ferner. Theils folgt dieses schon aus jenen Gesetzstellen, als der Gegensatz des darin vorausgesetzten Verhältnisses; theils findet es sich in andern Fragmenten ausdrücklich ausgesprochen. «Personale pactum ad alium pertinere,» sagt L. 25. §. 1. D. de pactis (II, 14.) und die L. 22, 23 und 24. eod. bringen diese Regel in Anwendung auf das Correalverhältniß.

3. Der stillschweigende Erlaß, welchen die Gesetze aus der Rückgabe der Schuldverschreibung folgern [7]), muß als ein Realvertrag angesehen und auf die Forderung selbst bezogen werden, also auch des andern Correalschuldners Befreiung bewirken, sobald über die Verbindlichkeit nur eine Verschreibung von den Correalschuldnern ausgestellt ist. Sollte aber ein Jeder derselben eine besondere Urkunde über seine Verpflichtung ausgegeben haben, so liegt in der Rückgabe der einen Verschreibung nur der Erlaß der Verbindlichkeit des Ausstellers, es kann nur ein pactum personale tacitum angenommen werden [8]).

---

[7]) L. 2. D. de pactis (II, 14.) L. 3. §. 3. D. de liberat. legata (XXXIV, 3.) L. 24. D. de probationibus (XXII, 3.)

[8]) Die verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer über diese Frage finden sich bei *Brunnemann* ad L. 2. D. de pactis (II, 14.)

Von der, aus einer Zerstörung des Schuldscheins (cancellatio chirographi) entspringenden Rechtsvermuthung [9]) gilt dasselbe; und wenn die zusammentreffenden Umstände nach Anleitung des L. 26. D. de probationibus (XXII, 3.) einen Erlaß anzunehmen gestatten, wird es nach den eintretenden Thatsachen zu ermessen seyn, ob die Forderung selbst für aufgehoben, oder bloß Einem der Correalschuldner erlassen erachtet werden muß.

4. Die Rechtslehrer machen von der Regel, daß ein persönlicher Schulderlaß dem andern Correalschuldner nicht zu Statten komme, mehrere Ausnahmen. Die erste lassen sie eintreten, wenn die Correalschuldner unter einander in einem Gesellschaftsverhältnisse stehen, und überhaupt, wenn der paciscirende Correalschuldner von dem Andern wegen geleisteter Zahlung auf Entschädigung würde belangt werden können. Diese Ausnahme ist in den Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen [10]), zugleich aber die einzige, welche wirklich gegründet ist, sobald man sie nicht auf das eigentliche Societätsver-

---

G. L. Menken, Opusc. Nr. 16. §. 21. *Stryck*, de actionib. S. 1. m. 3. §. 23. *Arn. Vinnius* Tract. de pactis, cap. 12. Nr. 13. in fine.

[9]) L. 24. D. de probationibus (XXII, 3.)

[10]) L. 23—25. D. de pactis (II, 14.) arg. L. 9. §. 1. L. 10. D. de duob. reis (XLV, 2.) *Lauterbach*, Coll. XLV, 2. 27. *Vinnius*, Sel. Qu. I. 6. Thibaut, Syst. §. 227.

hältniß beschränkt, sondern ihrem Grunde nach auf alle Fälle bezieht, wo eine Rückwirkung aus der bestehenden Verbindlichkeit des andern Correalschuldners gegen den Paciscirenden eintreten kann. Hieher gehören also die Fälle einer, in Ansehung der Schuld vorhandenen Communion, und einer gegenseitig geleisteten Versicherung, dieselbe gemeinschaftlich tragen, und einander nach Verhältniß schadlos halten zu wollen. Diese Ausnahme macht übrigens den andern Correalschuldner nie des ganzen Schulderlasses theilhaftig. Vielmehr ergiebt der dieser Bestimmung untergelegte Grund, nemlich das Interesse des paciscirenden Correalschuldners, daß der ihm ertheilte Schulderlaß seinem Mitschuldner nur in sofern zu Statten kommen könne, als die denselben treffende Klage sonst auf ihn selbst zurückwirken würde. Auch diese Beschränkung jener Ausnahme findet sich in den Gesetzen, indem sie in diesem Falle eine Theilung der Verbindlichkeit vorschreiben, und den andern Correalschuldner dem Anspruche des Gläubigers nur zu seinem Theile unterworfen annehmen. « Cum altero reo, sagt Paulus in L. 71. pr. D. de fideiussoribus (XLVI, 1.), vel in solidum si non fuerit societas, vel in partem si socii fuerunt, posse creditorem agere; » und Ulpian drückt dasselbe in L. 62. pr. D. ad L. Falcidiam (XXXV, 2.) so aus: « si duo rei promittendi fuerint, — si quidem socii sint, in ea re dividi inter eos debere obligationem, atque (i. e. aeque ac) si singuli partem pecuniae promisissent. »

5. Eine weitere Beschränkung jener Regel geht aber aus dem angeführten Grunde vom Interesse des

pacifcirenden Correalschuldners nicht hervor, und selbst die Rechtswohlthaten der Klagenabtretung und der Theilung, welche dem Correalschuldner mitgetheilt sind, können nicht dahin führen. Abgesehen davon, daß eine solche Beziehung dieser Rechtswohlthaten auf den Nachlaßvertrag mit einem der Correalschuldner die Ausnahme zur Regel erhoben würde, und schon aus dieser Ursache verdächtig erscheinen muß, steht die Natur des Correalverhältnisses hier entgegen. Die Verpflichtung eines jeden Correus besteht nemlich für sich, unabhängig von der Verbindlichkeit des Andern, und umfaßt in solcher Maße die ganze Forderung. Jeder Correus kann also in Ansehung seiner Verpflichtung ohne Rücksicht auf den Andern handeln, und sein Vertrag nicht als zum Nachtheil desselben eingegangen, und deshalb in soweit unwirksam angesehen werden, weil er den andern Correus hindert, künftig ein Recht zu erwerben, oder Einreden geltend zu machen, die ihm nur unter gewisser Voraussetzung von den Gesetzen zugestanden, keineswegs aber unbedingt ertheilt sind.

Die Rechtswohlthat der Klagenabtretung ist urspründglich nur dem Bürgen in Beziehung auf die Klage gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen gegeben, also für einen Fall, wo stets ein Klagrecht noch bestehen mußte, weil sonst der Bürge sofort seiner Verpflichtung entledigt, jener Rechtswohlthat mithin nicht mehr bedürftig seyn würde. Wenn die Klagenabtretung nochmals auch auf das Correalverhältniß übertragen ward, so konnte es nur unter den aus demselben hervorgehenden Bestimmungen geschehen, und kann der

Correalschuldner jene Rechtswohlthat allein da ansprechen, wo noch ein Andrer dem Gläubiger verpflichtet bleibt, diesem eine Klage auf die Forderung noch zusteht, welche er abzutreten vermag. Die Bestimmungen der Gesetze müssen hiernach gewürdigt und angewendet werden, und ist also die Vorschrift der L. 17. C. de fideiussor. (XVI, 1.) «Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere caeterorum nomina», und der L. 36. eod. «tenetur (creditor) ad id ipsum ut praestet actiones» [11]), nur von der Befugniß, die Abtretung einer noch vorhandenen Klage zu verlangen, nicht aber so zu verstehen, als werde das Recht des Gläubigers und der Mitschuldner dahin beschränkt, daß sie überall keinen Vertrag eingehen könnten, wodurch der Umfang des Klagrechts gemindert, oder eine künftige Klagenabtretung an den andern Correus unmöglich gemacht wird. Die Paciscenten bedienen sich ihres Rechts, wann der Gläubiger den Einen der Correalschuldner seiner Verbindlichkeit entläßt, und dieser solches annimmt; und der andre Correalschuldner haftet ferner für das Ganze, wie er dazu ursprünglich verpflichtet war. Der Nachtheil, welcher dem Letzten aus jenem Nachlaßvertrage erwachsen mag, ist ein zufälliger Schaden, der ihn eben so trifft, als wenn sein Mitschuldner aufgehört hätte, zahlungsfähig zu seyn.

---

[11]) L. 39. eod. L. 10. 14. C. eod. (VIII, 41.)

L. 2. de duobus reis (VIII, 40) steht dieser Meinung nicht entgegen. « Creditor prohiberi non potest exigere debitum, heißt es hier, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit; et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector proviuciae juvare te adversus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur. » Da in diesem Falle der Correalschuldner, welcher Zahlung geleistet, keine Klage vom Gläubiger abgetreten erhalten hatte, ohne solche Abtretung aber ein Regreß gegen den Mitschuldner in der Regel nicht Statt findet [12]); so muß in dem Falle, welchen dieses kaiserliche Rescript entscheidet, ein besonderer Grund vorgelegen haben, den Regreß eintreten zu lassen. Und wirklich findet sich in den Worten des Rescripts die Ursache der zugelassenen Ausnahme; denn beide Correalschuldner hatten sich wegen eines gemeinschaftlich aufgenommenen Anlehns verbindlich gemacht, communiter mutuam pecuniam acceperunt, welches wiederum auf eine gemeinschaftliche Verwendung des angeliehenen Geldes schließen läßt [13]). Hier war mithin eine Societät, oder doch eine Communion vorhanden gewesen, und also der zuvor ausgeführte Grund einer Ausnahme vorhanden.

6. Von der Rechtswohlthat der Theilung gilt dasselbe, was von dem Rechte auf Klagenabtretung

---

[12]) L. 39. D. de fideiussoribus (XLVI, 1.) L. 11. C. eod. (VIII, 41.)

[13]) *Vinnius*, Sel. Qu. I. 6.

eben dargethan ist. Auch sie hebt die Solidarität der Verbindlichkeit nicht auf, und giebt dem Correalschuldner nur ein bedingtes Recht auf den Fall, daß zur Zeit der von ihm verlangten Zahlung eine Theilung durch Herbeiziehung der Mitschuldner wirksam erfolgen könnte. Dieses ist deutlich in den Gesetzen ausgesprochen, und selbst in der neuesten, die Rechtswohlthat der Theilung vorzüglich begünstigenden Verordnung Justinians ausgedrückt, wo die Theilung nur auf solche bezogen wird, welche noch zahlungsfähig und leicht auszuklagen, d. h. demselben Richter unterworfen sind, welcher sodann die Mitschuldner herbeiziehen und den Rechtsstreit zugleich gegen dieselben verhandeln lassen soll [14]. Aus jenem Rechte des Correalschuldners entspringt also kein Grund, dem Gläubiger und dem Mitschuldner die Befugniß zu entziehen, über eine Befreiung des Letzten von seiner

---

[14]) Nov. XCIX, c. 1. «Si minus idonei se habere reliqui videantur sive omnes, sive quidam, sive in partem sive in solidum, sive absentes forte; in illud tenere (scil. correum conventum) quod accipere ab aliis non potuit (scil. creditor). — Sin autem in iisdem commorentur utrique aut omnes locis; sancimus negotii iudicem deducere illos mox, et communiter examinare negotium, communiter autem inferre sententiam.» Ich nehme hier, als durch die Praxis angenommen, an, daß dieses Gesetz nicht bloß von gegenseitigen Bürgen, sondern überhaupt von Correalschuldnern gelte. *Pufendorf*, obs. II, 77. Thibaut, Syst. §. 227. u. a. m. S. Glück, Comment. IV. S. 526. A. M. ist Hufeland, Lehrb. §. 469. d.)

Verbindlichkeit anders, als unter der Einschränkung einen Vertrag zu errichten, daß der Erlaß wider Willen des Gläubigers zugleich auf den andern Schuldner übergehen müsse.

7. Verschieden von dem bisher vorausgesetzten Falle ist derjenige, wo der paciscirende Correalschuldner ausdrücklich, oder stillschweigend zugleich zum Besten seiner Mitschuldner den Nachlaßvertrag eingegangen hat. Allein es ist dieses keine Ausnahme der Regel, vielmehr gehört eine solche Vereinbarung zu den die Froderung selbst aufhebenden Verträgen; sie ist, wenn gleich nicht der Fassung, doch dem Inhalte nach ein pactum in rem, und also nach der Bestimmung der Gesetze auch für jene Dritten wirksam, nicht nur kraft des Vertrages an sich, welcher zwar seiner Natur nach bloß unter den Paciscenten Rechte begründet, jedoch hier als nützliche Geschäftsführung angesehen werden kann; sondern auch weil derselbe die Forderung selbst tilgt und also das Erlöschen des Klagrechts zur Folge hat.

XX.

In wiefern haftet der Bürge für die vom Schuldner verwirkten Verzugszinsen, Geldstrafen, Prozeßkosten u. d. m.?

1. Die Rechtslehrer beantworten diese Frage gewöhnlich durch Unterscheidung der Fälle, ob der Bürge simpliciter, oder ob er in omnem causam sich verpflichtet hat, und erachten ihn nur im letzten Falle für die vom Schuldner verwirkten Verzugszinsen verbunden [1]). Theils aber gehen sie bei jener Unterscheidung von dunkeln Begriffen aus, indem sie beide Fälle in Ansehung der Umstände, unter welchen die eine oder die andre Art der Verbürgung anzunehmen seyn soll, nicht gehörig bestimmen; theils führt diese Meinung, um die einzelnen Verordnungen des römischen Rechts mit derselben

[1]) *Voet*, Comm. ad P. XLVI, 1. §. 13. *A. Vinnius*, Sel. Quaest. II, 10. *Malblanc*, pr. j. rom. §. 811. *Leyser*, Med. ad. P. Sp. 524. u. a. m.

in Uebereinstimmung zu bringen, auf so viele Ausnahmen und besondre Modificationen der Regel, daß die Theorie dadurch sehr erschwert wird. Hier folgt eine einfachere Entwickelung dieser Frage.

Der Bürgschaftsvertrag unterliegt seiner Natur nach keiner andern Auslegung, wie jeder andre Vertrag, zumal gegenwärtig, wo die Einkleidung desselben in eine Stipulation wegfällt, und nicht ferner allein auf die Formul zurückzugehen ist, womit der Bürge verpflichtet ward. Die Absicht der Contrahenten ist also auch hier der einzige Maßstab, um den Umfang der eingegangenen Verbindlichkeit zu bestimmen, und selbst die bekannte Regel von der Auslegung gegen den Stipulator [2]), welche so oft gemißbraucht wird, kann in ihrer Anwendung auf die Bürgschaft nur bewirken, daß man dieselbe nicht auf Verbindlichkeiten beziehen darf, deren Entstehen außerhalb des damaligen Gesichtskreises des Bürgen lag [3]).

Die zusammentreffende Absicht beider Contrahenten umfaßt hier muthmaßlich die ganze Verpflichtung des Hauptschuldners, so wie solche den Contrahenten bekannt war, und Beschränkungen dieser Verbindlichkeit zum Besten des Bürgen können nur aus dessen ausdrücklichen

---

[2]) L. 38. §. 18. L. 99. pr. D. de verbor. oblig. (XLV, 1.) L. 203. D. de J. R. (L, 17.)

[3]) v. Bülow und Hagemann, Erört. III, 15. a. M. sind besonders *Leyser*, Spec. 524. m. 1. und *Malblanc*, Pr. J. R. §. 811.

Bedingungen hervorgehen, wie Verstärkungen derselben vom Gläubiger ausbedungen werden müssen; nicht aber kann aus der vermuthlichen Absicht des Einen Theils dem Andern ein Recht geschmälert, oder eine Verpflichtung erschwert werden.

2. Werden diese Grundsätze auf die aufgeworfene Frage angewendet, so ergiebt sich, 1) daß der Bürge für vertragmäßige Zinsen nur in sofern haftet, als entweder die darauf gerichtete Clausel des Hauptvertrages ihm bekannt war oder dafür angenommen werden mußte, oder aber er sich ausdrücklich für den ganzen Umfang dessen verpflichtete, was der Hauptschuldner übernommen hatte; denn in diesen Fällen trägt er die Schuld, über die Bedingungen der Hauptschuld sich nicht gehörig unterrichtet und bei dem Gläubiger eine Meinung über den Umfang seiner Verpflichtung erweckt zu haben, die vielleicht über seine Ansicht hinausgehen mochte, aber dem Zwecke desselben entsprach *). Es ergiebt sich nach jenen Grundsätzen ferner, 2) daß Verzugszinsen und die übrigen Folgen der Saumseligkeit oder Insolvenz des Schuldners, als stillschweigend vom Bürgen übernommen, anzusehen sind, da sie demselben offenbar, als mögliche und natürliche Folge der Verbindlichkeit, vorschweben mußten. Denn die Bürgschaft bezweckt Sicherheit für den Fall, wenn der Hauptschuldner seiner Obliegenheit gar nicht, oder nicht völlig nachkommen sollte, bezieht sich also auf ein Ereigniß, was als der

---

*) A. M. ist *Müller* ad Leyser. Obs. 871.

höchste Grad des Verzuges anzusehen ist. Derselbe wird mithin bei Uebernahme der Bürgschaft nicht nur als möglich gedacht, sondern in der Vereinbarung der Parteien, mit allen seinen rechtlichen Folgen, nothwendig umfaßt; indem diese für einen Fall eingegangen wird, welcher ohne einigen Verzug an Seiten des Schuldners gar nicht Statt finden kann, eben weil derjenige, welcher überall nicht zahlt, es auch nicht zeitig thut und mithin in Verzug kommt.

3. Diese, aus dem Begriffe und den Sachverhältnissen abgeleiteten Grundsätze finden sich auch im römischen Rechte durchaus anerkannt und ausgesprochen. Eine kurze Uebersicht der hieher gehörenden Gesetzstellen wird dieses ergeben, und zugleich eine Berichtigung der vorgedachten gewöhnlichen Vorstellungsart herbeiführen.

Allgemein wird angenommen und als Regel aufgestellt, daß der Bürge gleich dem Hauptschuldner hafte, soweit dieser den Gläubiger nicht zu befriedigen vermag. Fideiussor rei locum obtinet, sagt L. 4. §. 1. de fidejuss. (XLVI, 1.) und in Beziehung auf eine in allgemeinen Ausdrücken eingegangene Bürgschaft erklärt L. 56 §. 2. eod. «in omnem causam acceptus (fideiussor) videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.» Ja, in L. 32. pr. D. de admin. tut. (XXVI, 7.) wird sogar die Frage, ob des Vormundes Bürge, weil das Inventar und die übrigen Urkunden dem Minderjährigen vorenthalten würden, auf das gesammte Interesse belangt werden könne? bejahend entschieden: «Modestinus respondit, in id quod tutor conveniri potuit, fideiussorem quoque convenire posse.»

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Verzugszinsen, Kosten u. s. w. findet sich schon in diesem letzten Fragmente deutlich ausgedrückt; denn es liegt in demselbem keine Veranlassung, seine Bestimmung als eine besondre Vorschrift über die Verbindlichkeit eines vom Vormunde dem Mündel bestellten Bürgen, als Begünstigung des Letzten durch eine Abweichung von der Regel zu betrachten[5]. Möchte man aber auch den besondern Grund hiervon in der hergebrachten Formul solcher Bürgschaften: rem pupilli salvam fore, suchen[6]) und deshalb Bedenken tragen, einen Beweis für jene Meinung hieraus zuzulassen; so geht theils wenigstens der Grundsatz aus diesem und den in der letzten Note angeführten Fragmenten hervor, daß eine Bürgschaft, welche durch die Formul des Vertrages nicht beschränkt, vielmehr nach derselben allgemein ausgedrückt ist, zugleich die Zinsen, Früchte und übrigen Folgen des vom Hauptschuldner begangenen Verzuges mit umfasse; theils wird derselbe Grundsatz in andern Gesetzstellen, und zwar ohne Beziehung auf die Vormundschaft ausgesprochen und damit zugleich seine allgemeine Gültigkeit bekräftigt.

So sprechen L. 88. pr. D. de verb. oblig. (XLV, 1.) und L. 24. §. 1. D. de usuris (XXII, 1.) die Regel aus, daß der Verzug des Schuldners zugleich auf die Ver-

---

5) Dieses thun z. B. *Voet* und *Vinnius* a. a. O.

6) L. 9. 10. D. rem pupilli v. adol. salv. (XLVI, 6.) L. 3. D. de fidejussor. et nomin. hered. (XXVII, 7.)

bindlichkeit des Bürgen zurückwirke [7]); und indem dieses im Allgemeinen und ohne irgend eine Beschränkung geschieht, so kann solche Regel nicht wol allein auf die sogenannte Perpetuation der Verpflichtung durch den Verzug bezogen werden. Die Fortdauer der Verbindlichkeit, wenn auch der Gegenstand derselben während des Verzuges untergegangen seyn sollte, soll freilich nach ausdrücklichen Verordnungen auch gegen den Bürgen bestehen [8]); hiermit ist aber keinesweges gesagt, daß denselben nur diese eine Folge des Verzuges treffe, er zu Verzugszinsen, Geldstrafe, Kosten ꝛc. gewöhnlich nicht verbunden sey. Indem nemlich hier eine Anwendung jener allgemein ausgedrückten Regel von der Wirknng des Verzugs in einer besondern Beziehung gemacht wird, ist die Regel selbst nicht beschränkt, vielmehr in ihrer Allgemeinheit bestätigt worden. Und in der That ist kein Grund vorhanden, ein Andres von jener Verlängerung der Verbindlichkeit, ein Andres aber von den Verzugszinsen und den übrigen Wirkungen des Verzuges anzunehmen; denn obwol das Erste sogar in der, auf eine Species gerichteten Bürgschaft begriffen erachtet ward, weil man die Perpetuation auf den Hauptstuhl selbst bezog; so setzen die Gesetze den eigentlichen Grund solcher Bestimmung doch in der ohne Einschränkung ein-

---

7) «Mora rei fideiussori quoque nocet» und «Cum reus moram facit, fideiussor tenetur.»

8) L. 58. §. 1. D. de fideiussor. (XLVI, 1.) L. 91. §. 4. D. de verbor. oblig. (XLV, 1.)

gegangenen Bürgschaft [9]), und führen die Sache damit unter die allgemeine Regel zurück.

4. Ein andrer Grund liegt in der Wirkung, welche die Gesetze den, bei der Uebernahme der Bürgschaft ausgedrückten Einschränkungen beimessen; indem es derselben nicht bedürfen würde, wenn die stricte Auslegung des Bürgschaftsvertrages zu einer Beschränkung desselben auf die Hauptverbindlichkeit führen dürfte, diese mithin alle solche Einschränkungen schon an sich einschlöße. Bezieht sich nemlich die Verbürgung namentlich nur auf die Capitalschuld; so haftet der Bürge für deren Verzichtung nicht, und zwar nicht sowol, weil er solche nicht ausdrücklich mit verbürget, sondern vielmehr, weil er die Bürgschaft auf den Hauptstuhl beschränkt hat. «Lecta subscriptione fideiussoris, sagt Paulus in L. 68. §. 1. D. de fidejuss. (XLVI, 1.) quoniam in sola centum annua se obligaverat, non in omnem conductionem; decrevit fideiussores in usuras non teneri;» und Ulpian drückt in dem umgekehrten Falle dasselbe in L. 2. §. 12. D. de administr. rer. ad civ. (L, 8.) so aus: «Qui fideiusserint pro conductore vectigalis in universam conductionem, in usuras quoque iure conveniuntur, nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est;» denn hiernach soll eine ohne Vorbehalt eingegangene Bürgschaft die Verzugszinsen mit umfassen, und ein Anderes nur aus der be-

---

9) L. 91. §. 4. cit. verb. «quia in totam causam spoponderunt.»

schränkenden Verfassung des Vertrages abgenommen werden können.

5. Diesen Grundsätzen gemäß lassen sich denn auch diejenigen Gesetzstellen, welche die Verbindlichkeit des Bürgen auf die Verzugszinsen nur dann erstrecken, wenn er in omnem causam intercedirt hat, leicht auslegen. Diese Formel bezeichnet nichts weiter, als die unbedingte und uneingeschränkte Verbürgung, welche als die Regel anzusehen ist und wofür die Vermuthung streitet, welche endlich einer ausdrücklichen Erstreckung auf den ganzen Umfang der Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht bedarf, vielmehr schon aus einer allgemein gefaßten Erklärung abzunehmen ist und, mit einem Worte, immer angenommen werden muß, sobald der Vertrag keine Beschränkung andeutet. Nach dieser Auslegung steht die Bürgschaft in omnem causam der simpliciter eingegangenen so wenig entgegen, daß jene eigentlich gleichbedeutend mit der letzten erscheint, und eine simpliciter übernommene Bürgschaft omnem causam umfaßt, und bloß der beschränkten Verbürgung entgegen steht. Die Gesetze bestätigen diese Ansicht; indem sie den Fall, wo die Bürgschaft namentlich in omnem causam eingegangen war, andern unter unbestimmtern Ausdrücken eingetretenen Verbürgungen in der Wirkung gleichsetzen. L. 54. pr. D. Locati (XIX, 2.) «— tamen cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes? vel ita: indemnem me praestabis?» Ge-

wöhnlich wird auch jene Formel gebraucht, nicht um die Fassung des Bürgschaftsvertrages anzugeben, sondern als Entscheidungsgrund: weil den Umständen nach eine, auf die ganze Verbindlichkeit des Schuldners gehende Verbürgung anzunehmen sey, u. s. w. (quia in totam causam spoponderunt.)[10])

6. Bedürfte diese Meinung noch mehrerer Beläge, so würde man sie in zweien Gesetzstellen antreffen, wo ausdrücklich erklärt wird, daß eine Bürgschaft in der Regel auf die ganze Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu beziehen sey, und selbst nachmalige Vermehrungen derselben, wofern sie nur in der ursprünglichen Verpflichtung ihren Grund haben, mit einschließe. Paulus sagt nemlich in L. 2. pr. D. quod legatorum (XLIII, 3.) «Diversum est, si postea pars legato accreverit; nam hoc nomine tenentur fideiussores in totum; und in L. 56, §. 2. D. de fideiussor. (XLVI, 1.) «Quid ergo, si consumtis nummis nascatur condictio? puto fideiussorem obligatum fore; in omnem enim causam acceptus videtur.« In beiden Fällen wird hier, was wohl zu bemerken ist, die Entscheidung nicht auf die umfassende Formel der Verbürgung gegründet; sondern der Grundsatz in Anwendung gebracht, daß eine Bürgschaft in der Regel, d. h. sobald keine Beschränkung besonders ausgedrückt ist, das Ganze der Verpflichtung des Schuldners, Hauptschuld und Nebenpunkte zugleich umfasse.

---

10) Vergl. L. 91. §. 4. D. de verb. oblig. (XLV, 1.) L. 5. C. de pactis int. emt. (IV, 54.)

Die Bestimmung der L. 1. §. 13. D. Ut legat. et fideic. serv. (XXXVI, 3.) scheint noch entscheidender. «Bellissime quaeritur, heißt es hier nemlich; an haec stipulatio (scil. in satisdatione legatorum servandorum causa interposita) incrementum ex fructibus vel usuris sentiat? Et recte placuit, ex mora incrementum habituram stipulationem, ut id quod oportebit comprehendat.» Und da diese Bestimmung der allgemeinen Regel, wie dieselbe zuvor entwickelt ist, entspricht; so bedarf es der künstlichen Auslegungen nicht, womit die Rechtslehrer sich zu helfen und dieses Fragment mit ihrer Ansicht in Einklang zu bringen suchen [11]). Genug, daß in den Gesetzen selbst kein Grund liegt, in dieser Stelle eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen zu finden.

7. Endlich enthält die bekannte L. centum capuae, 8. D. de eo, quod certo loco (XIII, 4.) keinesweges das Argument, welches daraus für die gemeine Meinung abgeleitet wird [12]). Nirgend findet sich in diesem Fragmente der Grundsatz ausgesprochen, daß des Hauptschuldners Verzug und Verschulden den Bürgen nicht zur Last fallen solle; sondern es wird hier bloß, und zwar mit besonderer Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit der Klage, de eo, quod certo loco gesagt: es vermehre des Schuldners Verzug die Verbindlichkeit des Bürgen

---

11) *Bachov*, ad Treutl. Vol. I. disp. 23. thes. 5. litt. A. D. et E. und *Vinnius*, Sel. Quaest. II, 10, in fine.

12) *Vinnius*, l. c.

nicht in der Maße, daß er das Interesse des Orts allein wegen Verzuges zu tragen habe. Entweder ist also hier eine Ausnahme für einen eignen Fall gemacht, oder berücksichtigt, daß der Bürge schon vermöge seiner Zusage, („Centum Capuae dari stipulatus„) also nicht aus jenem Verzuge an sich haften müsse. [13]).

Das Resultat hiervon ist folgender Grundsatz: Eine jene, nicht einschränkend ausgedrückte Bürgschaft umfaßt alle Folgen des, vom Hauptschuldner verwirkten Verzuges [14]).

---

[13]) Vergl. über dieses Fragment *Huber*, Prael. ad Pand. L. XIII, Tit. 4. §. 5. und *Pufendorf*, Obs. jur. III, 213.

[14]) Derselben Meinung sind *Cocceji* Jus Civ. contr. XLVI, 1. qu. 11. Thibaut Syst. §. 952.

XXI.

Von der Vermuthung geschehener Zahlung, besonders in Beziehung auf L. 3. C. de apochis publicis (X, 22.) und L. 26. D. de probationibus (XXII, 3.)

---

1. Wer eine Verpflichtung eingegangen zu seyn einräumt, oder dessen überführt wird, muß sie erfüllen und Zahlung leisten, sofern er nicht darthun kann, daß solches schon geschehen sey. Die Natur der Sache gebeut dieses, und die Gesetze verordnen ausdrücklich, daß derjenige zu beweisen habe, welcher die Zahlung behauptet [1].

---

[1]) L. ult. C. de solutionibus (VIII, 43.) L. 1. C. de probationibus (IV, 19.)

Dieser Beweis kann jedoch, wie jeder andre, auch indirect und durch begründete Vermuthungen bald ganz, bald zum Theil geführt werden; und das römische Recht legt gewissen Thatsachen die Wirkung einer Rechtsvermuthung für eigentliche Zahlung, oder für eine andre rechtliche Aufhebung der Verbindlichkeit bei, welche sodann den Schuldner der Beweislast enthebt und seine Einrede unter der Bedingung, daß der Gläubiger das Gegentheil nicht werde erweisen können, die Klage entkräftigen läßt.

2. Folgende Thatsachen sind es, welche eine solche Rechtsvermuthung begründen.

I. Die Rückgabe der Schuldverschreibung.

Die von dem Gläubiger geschehene Rückgabe der Schuldverschreibung bewirkt die Vermuthung, daß solches in der Absicht gethan sey, die Schuld zu erlassen, und giebt dem Schuldner die Einrede einer vertragmäßigen Aufhebung der Verbindlichkeit. »Si debitori meo reddiderim cautionem, sagt Paulus in L. 2. §. 1. D. de pactis (II, 14.), videtur inter nos convenisse: ne peterem; profuturamque ei conventionis exceptionem placuit [2]).« Es geht hieraus jedoch nur eine praesumtio iuris, nicht aber eine sogenannte

---

[2]) L. 3, §. D. liberatione legata (XXXIV, 3.) L. 7. C. de remissione pignoris (VIII, 26.). *Dnarenus*, ad L. 2. D. de pactis. Hymmen's Beiträge zu der jurist. Literat. in den preuß. Staaten VI, 1. S. 105.

praesumtio iuris et de iure hervor: weil die Rückgabe an sich nicht andre Beweggründe und Absichten ausschließt, und es also möglich ist, daß der angenommene stillschweigende Schulderlaß gar nicht in der Absicht der Contrahenten gelegen habe. In einem solchen Falle muß also der Gläubiger zum Gegenbeweise, eigentlich zum Beweise der Replik gelassen werden, daß die gesetzlich vermuthe Absicht die Rückgabe nicht bewirkt habe, diese vielmehr aus Irrthum, wider Willen u. d. m. geschehen sey. Es findet sich dieses ausgedrückt in L. 15. C. de solutionibus (VIII, 43.) »Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adseveras, nihil de jure tuo deminutum est. Quibuscunque itaque argumentis iure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro huiusmodi facto liberationem minime consecutum, judex ad solutionem debiti iure compellet.« Und hierin liegt der Grund, warum L. 14. eodem der Quittung eine größere Wirkung, als der Rückgabe der Schuldverschreibung beimißt.

Nur aus der Rückgabe selbst geht übrigens diese Rechtsvermuthung hervor, und um dieselbe zu begründen, muß also jene Handlung zuvor rechtlich ausgemittelt seyn. Der bloße Besitz des Schuldscheins kann dagegen auf vielfache Weise auf den Schuldner wieder übergegangen seyn, und gestattet deshalb nicht, die Einrede des Schulderlasses für erwiesen anzunehmen; obwol daraus allerdings eine factische Vermuthung gezogen werden mag, welche in Vereinigung

mit andern Thatsachen einen künstlichen Beweis der Aufhebung der Schuld abgeben kann.

Gänzlich verschieden von der Rückgabe des Schuldscheins ist, wenn die Schuldverschreibung vom Gläubiger dem Schuldner vermacht worden ist. Denn in diesem Falle kommt es nicht auf die, aus der Rückgabe hervorgehende Vermuthung an, vielmehr nehmen die Gesetze jenen Ausdruck des letzten Willens für gleichbedeutend mit dem Vermächtnisse des Schulderlasses, weil unter solchen Umständen Schuldverschreibung und Forderung dasselbe besagen und auf das Klagrecht selbst bezogen werden müssen. Es kann also L. 59. D. de legatis III. (XXXII.)[3]) nicht von einer Vermuthung aus der Rückgabe einer Schuldverschreibung, sondern von der gesetzlichen Auslegung eines Vermächtnisses verstanden werden, wobei von einem Gegenbeweise keine Rede seyn kann.

3. II. Die Zerstörung der Schuldverschreibung (cancellatio chirographi).

Ganz nach denselben Grundsätzen ist die Rechtsvermuthung des Schulderlasses aus der Zerstörung der

---

3) „Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus, quarum probatio tabulis continetur; appellatione enim chirographi uti nos pro ipsis actionibus palam est, cum venditis chirographis intelligimus nomen venisse. Quin etiam, si nomen quis legaverit, id, quod in actionibus est, legatum intelligitur."

Verschreibung zu beurtheilen. Deutlich ergibt sich dieses aus L. 14. D. de probationibus (XXII, 3.): »Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur.« Auch hier wird des Schuldners Einrede für begründet angenommen, dem Gläubiger aber ein Beweis wider die in der cancellatio chirographi gesetzte Vermuthung vorbehalten, welcher den Umständen nach nur auf eine Replik gerichtet werden kann. Die manifestae probationes scheinen übrigens nur den directen Beweis, zum Unterschiede von dem künstlichen, und im Gegensatze von factischen Vermuthungen, anzudeuten; so daß hier keine sogenannte praesumtio violenta anzunehmen ist, welche nur einem besonders strengen Gegenbeweise weicht*).

4. III. Die Vermuthung aus L. 3. C. de apochis publicis (X, 22.).

Diese Gesetzstelle lautet so: »Quicunque de provincialibus et collatoribus, decurso posthaec quantumvis annorum numero, cum probatio aliqua ab eo tributariae solutionis exposcitur, si trium cohaerentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit, superiorum temporum apochas non cogatur ostendere, ne-

---

*) Dieser Meinung ist Thibaut, System §. 1146.

que de praeterito ad illationem tributoriae functionis coërceatur; nisi forte aut curialis, — vel quilibet publici debiti exactor sive compulsor, possessorum vel collatorum habuerit cautionem, aut id, quod reposcit deberi sibi, manifesta gestorum assertione patefecerit.« Die Beibringung von Quittungen, über die geschehene Bezahlung der Abgaben von drei Jahren, begründet hiernach eine Rechtsvermuthung für die Berichtigung der früher fällig gewesenen Staatslasten, es sey denn, daß der Cassenbediente den Rückstand beweisen könne. Obwol nun hier bloß von Staatsabgaben geredet wird, so wendet die Praxis diese Verordnung doch auch bei andern Gefällen an[5]), und mit Recht, weil keine Ursache zwischen beiden zu unterscheiden vorhanden ist, der Grund der Bestimmung vielmehr auch bei den an Privatleute in gewissen Terminen abzuführenden Leistungen gleichfalls eintritt.

Weniger ausgemacht sind die Bestimmungen dieses Gesetzes selbst. Besonders wird bestritten[6]), ob drei Quittungen über aufeinanderfolgende Zahlungstermine erfordert werden, welche die Zeit dreier Jahre umfassen, oder bei kürzern

---

[5]) *Harprecht*, D. de Solutione coniecturata, §. 42. *Leyser*, Sp. 530, med. 9. *Cocceji*, J. Contr. XLVI, 3. 8. *de Pufendorf*, Obs. I, 173. *Huber*, ad Pand. XLVI, 3. 6.

[6]) *Voet*, in Pand. XLVI, 3. §. 14. *Pufendorf*, l. c.

Terminen ein Gleiches gelte? Legte das Gesetz ein entscheidendes Gewicht auf die Zahl der Quittungen, so würde das Letztere unstreitig anzunehmen seyn, da allerdings eine dringende Vermuthung der Zahlung allein aus einer dreimal wiederholten und ohne Vorbehalt gefaßten Empfangsbescheinigung hervorgeht. Offenbar ist aber die Vermuthung weit fester begründet, wenn die Scheine einen Zeitraum von drei Jahren umfassen, indem der Gläubiger hierdurch eine längere Frist erhält, sein Verhältniß zu dem Schuldner aufzuklären, auch die bei größeren Recepturen üblichen Rechtsabschlüsse in einem solchen Zeitabschnitte gewisser, als in dem kurzen Raume weniger Monate Statt finden. Verbindet man mit dieser Erwägung folgende, daß das Gesetz eigentlich die Anzahl der Quittungen gar nicht ausdrückt, vielmehr von Bescheinigungen über die Berichtigung dreijähriger Abgaben („trium cohaerentium annorum apochas“) redet, solche Abgaben auch zwar nach ihrem jährlichen Betrage bestimmt gewesen, nicht aber immer in einer Summe alljährlich, sondern auch in kürzern Terminen erhoben seyn werden, auch also über die Abgaben dreier Jahre in gewissen Fällen weit über drei Quittungen ausgestellt seyn mußten; so scheinen Quittungen über drei, einen geringern als dreijährigen Zeitraum betreffende Zahlungstermine nicht zu genügen. Eine Zeit von drei Jahren findet sich im römischen Rechte überdem auch in andrer Beziehung erfordert, wenn ohne Verjährung aus einer fortgesetzten oder wiederholten Handlung auf eine Willensäußerung geschlossen werden

soll [7]). Es muß also angenommen werden, daß drei Quittungen nur in sofern jene Vermuthung begründen, als sie sich auf Zahlungstermine von wenigstens drei Jahren beziehen, und überhaupt die Nachweisung der Berichtigung aller binnen solcher Zeit fällig gewordener Termine nöthig sey, und zwar durch wenigstens drei Quittungen.

5. Ein andrer Zweifel betrifft die Frage: ob die Vermuthung die Beibringung von Empfangscheinen voraussetze, oder auch dann eintrete, wenn die Berichtigung dreier Zahlungstermine auf andre Weise dargethan wird [8])?

Das Gesetz erwähnt nur der Quittungen, und da die Vermuthung hier nicht aus der Bezahlung späterer Termine, sondern daraus hervorgeht, daß der Gläubiger die Zahlung auf das laufende Jahr angenommen, nicht aber auf einen ältern Rückstand seiner Befugniß gemäß abgesetzt hat; so wie, daß ohne einigen Vorbehalt eines Rückstandes die Quittung ertheilt ist; so kann der Beweis der Zahlung dreier Termine hier nicht

---

[7]) L. 1. C. de fideicommissis (VI, 42.): „Si probaveris Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum, eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, id est non minus in tali causa triennio ea praestitisse, ut in futurum quoque praestentur, — impetrabis.“

[8]) *Voet*, l. c. *Leyser*, Sp. 530. med. 11.

genügen, vielmehr kommt es auf die Ausstellung der Quittungen selbst an, um die Vermuthung als eine praesumtio iuris zu begründeu. Eine bloße factische Vermuthung für die Bezahlung der ältern Termine, wirksam in Verbindung mit andern Beweisgründen, mag übrigens allerdings aus dem Beweise einer Berichtigung der spätern abgeleitet werden; so wie es auch wahrscheinlich ist, daß überhaupt Niemand über einen spätern Zahlungstermin quittiret haben würde, ohne der ältern zu erwähnen, wenn diese wirklich noch rückständig gewesen wären[9]. Allein solche Wahrscheinlichkeiten sind von Rechtsvermuthungen wesentlich verschieden und eben daher mit der Verordnung jenes Gesetzes nicht zu vermischen.

6. Das Argumen aus L. 26. D. de probationibus (XXII, 3.) wird ebenfalls hieher gezogen.

Auch dieses Fragment soll eine Vermuthung geschehener Zahlung begründen, wenn nemlich die Gelegenheit einer Abrechnung oder Einziehung mehrfältig unbenutzt gelassen ist und andere Umstände hinzutreten[10]. »Procula, sagt Papinian in dieser Gesetzstelle, magnae

---

[9]) *Pufendorf*, Obs. II, 162.

[10]) *Harprecht*, D. de coniecturata solutione; *Idem*, D. de differentiis coniecturatae solutionis et praescriptionis. *Leyser*, Sp. 173. m. 5. et Sp. 260. m. 2. *Reinharth*, ad Christin. IV, 63.

quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur: numquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis saepe in rationem fratris pecunias ratio Proculae solvisset; Divus Commodus, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuerit remissum.« Eine genauere Erwägung dieser Worte ergiebt, daß hier überall keine Rechtsvermuthung begründet, vielmehr aus einem Zusammentreffen besonderer Umstände ein künstlicher Beweis, durch factische Vermuthungen geführt, angenommen wird. Denn das Unterlassen der Compensation, deren ausgesetzter Gebrauch ohnehin keinen Verlust der Gegenforderung bewirkt[11]), ergiebt an sich nichts und nur in Verbindung mit andern Gründen, dem nahen Verwandtschaftsbande zwischen Gläubiger und Schuldner, so wie dem Ablauf einer geraumen Zeit, und dem verdächtigen Abwarten einer, aus dem Tode des ursprünglichen Schuldners entspringenden Verdunkelung der eigentlichen Verhältnisse, wird ihm eine Erheblichkeit beigemessen. Ein sicheres Zeichen, daß hier nach Gründen der Wahrscheinlichkeit erkannt, »quod verosimilius est, aut quod plerumque fieri solet,« nach dem Grundsatze der L. 114. D. de reg. Jur. (L, 17.),

---

11) L. 10. §. 1. D. de compensationibus (XVI, 2.) „Si quis compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.“

als wahr angenommen worden ist. Wogegen eine Rechtsvermuthung eine gesetzliche Vorschrift voraussetzt, kraft deren aus einer gewissen Thatsache eine andre gefolgert werden muß, so lange das Gegentheil nicht dargethan wird[12]).

Es zeigt sich ferner, daß jenes Fragment von einer Vermuthung der Zahlung überall nicht handelt, sondern in dem gegebenen Falle einen Schulderlaß annimmt. Da nun die Absicht zu schenken, oder eine Forderung nachzulassen nicht leicht vorausgesetzt werden kann, vielmehr nur aus besondren Beweggründen zu entspringen pflegt; so ist hier die nahe Verwandtschaft zwischen Schuldner und Gläubiger ein wesentlicher Umstand, und es wird mithin unter nicht so nahen Verwandten, selbst bei übrigens gleichen oder ähnlichen Umständen, sogar auf einen Schulderlaß nicht einmal geschlossen werden dürfen[13]).

Für die Vermuthung der Zahlung, versteht sich eine bloß factische Vermuthung, gewährt also L. 26. cit. nur eine Analogie; und wenn dieselbe bei einer Vereinigung dringender Umstände anzunehmen ist; so kann sie doch nur einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit begründen, und damit den Beweis nicht erfüllen, sondern nur unterstützen, niemals aber von

---

12) Weber, Verbindl. zur Beweisführ., §. 3 — 6.

13) Quistorp's Beiträge, nro. X. *Müller* ad Leyser. Obs. 366.

der Beweislast befreien und gestatten, die Zahlung für geschehen anzunehmen, so lange das Gegentheil nicht erwiesen wird [14]).

---

[14]) Hufeland, Lehrb. d. Civ.R. §. 1744. Martin, Civilprozeß, §. 176. und 222. Borst, Ueber die Beweislast, §. 34 — 39.

XXII.

Berechnung der Appellationssumme in Streitigkeiten über die Gültigkeit eines auf Gegenleistung beruhenden Erwerbs, als eines Tausches, Kauf's oder eines Pachtvertrags. Rechtsfälle.

1. Bei den Römern war die Zulässigkeit der Berufung an sich unabhängig von dem Beitrage der Streitsache, und nur die Wahl des Oberrichters bestimmte sich nach demselben [1]). Dabei sind die gesetzlichen Bestimmungen über diese Appellationssumme, wie sie auf uns gekommen sind, so unvollständig, daß wir nur in der vaterländischen Gesetzgebung die Grundsätze dieser Materie suchen können; und allerdings ist der Instanzenzug und die Erfordernisse der Rechtsmittel, welche bei uns Statt finden, einzig aus dieser Gesetzgebung hervorgegangen.

---

[1]) L. 20. C. de appellat. (VII, 62.) L. 10. §. 1. D. eod. (XLIX, I.)

Die älteste Verordnung über die Appellationssumme finden wir in der Cammergerichtsordnung von 1521, Tit. 24. Hier wird bestimmt, daß der Betrag des »Hauptguts« die festgesetzte Summe erreichen müsse; und alle folgenden Bestimmungen der Reichsgesetze über diesen Gegenstand begnügen sich mit der Ausbildung dieses Grundsatzes, durch nähere Unterscheidung des Hauptanspruches von den Nebenforderungen an Zinsen, Früchten, Interesse und Kosten, welche in die Appellationssumme nicht mit eingerechnet werden sollen[2]). Zugleich ward angenommen, daß nur der Belauf der Beschwerde und nicht der des ursprünglichen Streitgegenstandes zu betrachten sey[3]). Die Verordnungen der einzelnen deutschen Staaten beschränken sich ebenfalls auf Modificationen oder Abänderungen dieser Bestimmung[4]), und so ist es unentschieden geblieben, wie die Berechnung der Appellationssumme in solchen Fällen gemacht werden muß, wo der Gegenstand des Rechtsstreits nur gegen Entrichtung eines bedungenen Preises oder Ersatzes in Anspruch genommen wird.

---

[2]) R. Abschn. v. 1570. §. 66. R. D. Absch. von 1600. §. 14. R. Absch. v. 1654. §. 112.

[3]) Sctum Camerale de 1603. *Pütter*, Proc. imp. §. 178.

[4]) Besonders: Braunschw. Verord. v. 15. Jan. 1814, §. 3. und v. 3. Febr. 1814, §. 9. Lippesche Verordn. v. 27. Febr. 1816. §. 25, Schaumburg. Lippesche Verordn. v. 1. März 1817. §. 1. und Waldeck und Pyrmontsche Verordn. v. 31. Dec. 1816.

2. Die Rechtslehrer pflegen den Grundsatz von der Appellationssumme so auszudrücken, daß sie auf den Werth des Gegenstandes der Rechtsstreitigkeit, desjenigen nemlich, was dem Appellanten aberkannt ist, bezogen wird[5]. Erwägt man nun, daß der Betrag des Rechtsstreits (objectum litis) von dem Werthe der im Streite befangenen Sache hier unterschieden wird, und unabhängig von dem Letzten nur aus dem Vortheile oder Nachtheile, welchen der Appellant durch sein Rechtsmittel erreichen oder abwenden will, sich ergiebt; so scheint allerdings, wenn der Streit einen auf Gegenleistung gerichteten Vertrag betrifft, allein durch Abrechnung der Gegenleistung der Ueberschuß hervorgebracht, und hiernach das Daseyn der Appellationssumme beurtheilt werden zu müssen.

Eine solche Berechnungsweise würde jedoch die Berufungen in den mehrsten, auf die Erfüllung solcher Verträge, z. B. des Kaufs, Tausches rc. gerichteten Prozessen, wie wichtig auch ihr Gegenstand seyn möchte, unstatthaft machen; da nur selten ein, die Appellationssumme erreichender Vortheil oder Nachtheil des einen Contrahenten nachzuweisen stehen dürfte. Immer aber würde sie Erörterungen nothwendig machen, welche auf ein förmliches Beweisverfahren vor Eröffnung der Instanz leiten könnten, und so durch ihre Weitläufigkeit

---

[5]) J. S. Pütter, proc. imperii, §. 178. *Pufendorf*, Obs. I, 30. §. 1. Martin, bürgerl. Proz. §. 266. v. Bülow, Verfass. des O.A.G. zu Celle, II, §. 198 flg.

der Rechtspflege eben so nachtheilig werden, als ungewiß ihr Resultat wenigstens gewöhnlich ausfallen müßte. Zwar lassen die Gegenstände des Verkehrs eine Schätzung zu, und da ein sogenannter Zuneigungswerth (pretium affectionis) nur selten in Frage kommt; so scheint der gemeinübliche Werth (pr. commune) den Maaßstab der Schätzung abgeben zu können. Aber, abgesehen von dem eigentlichen Zueignungswerthe, kann eine Sache für den Einen einen größern Werth als für den Andern haben, indem er dieselbe durch eine ihm eigene Betriebsamkeit oder Gewerbsfertigkeit, oder durch Verbindung mit andern, ihm schon gehörenden Sachen höher zu benutzen im Stande ist. In dieser Hinsicht erscheint eine Abschätzung nach gemeinem Werthe höchst mißlich, zumal bei Sachen, welche ihrer Natur nach keinen Marktpreis haben und nicht von gleicher Beschaffenheit zu jeder Zeit erlangt werden können. Ueberdem werden nichtfungible Sachen in der Regel mit dem Vorsatze erworben, sie lange zu behalten, mithin umfaßt der Erwerb nach der Contrahenten Absicht zugleich die Aussicht auf eine künftige, wiewol ungewisse Steigerung des Werths. Alle diese Rücksichten verbieten, in Streitigkeiten über die Gültigkeit eines um eine Gegenleistung bedungenen Erwerbes, ein Kaufs, Tausches rc. das Daseyn der Appellationssumme nach Abrechnung der Gegenleistung zu ermessen. Vielmehr muß man das Gesetz, ohne Rücksicht auf die Gegenleistung, einzig von dem Werthe der, durch den Prozeß streitig gewordenen Sache verstehen. Auch gestattet das Gesetz genau erwogen nur diese Deutung. Denn indem die

Prozeßordnungen von dem Gegenstande der Beschwerde reden, und dabei zwischen Hauptforderung und Zinsen unterscheiden[6]), zeigt sich, wie sie ganz im Sinne der vormaligen Appellationsprivilegien die Bestimmung der Appellationssumme durch das Beispiel vom verzinslichen Darlehne erläutern. Nun ist aber selbst der Darlehnsvertrag auf eine Gegenleistung in sofern gegründet, als an Hauptstuhle nur zurückgefordert werden kann, was zuvor dargeliehen worden ist, und ein Darlehn allein unter der Bedingung einer Rückzahlung zugesagt wird; und dennoch finden wir das Gesetz nirgend auf die Klage auf Rückzahlung des Darlehns beschränkt, die Klage auf ein zugesichertes Darlehn aber ausgeschlossen; und nirgend ist jemals behauptet worden, daß in einem Prozesse wegen verweigerter Leistung eines zugesagten Darlehns (pactum de mutuo dando) überall keine Berufung zulässig sey. Dieses würde jedoch aus jener Ansicht folgen, indem die Nebenforderungen wegen Zinsen, Interesse ꝛc. bei der Appellationssumme nach den vorleuchtenden Reichgesetzen nicht in Betracht kamen, und beim Hauptstuhle Leistung und Gegenleistung einander gleich sind und sich aufwiegen.

3. Völlig verschieden hiervon ist jedoch der Fall eines Rechtsstreits über die Gültigkeit, oder Dauer eines Mieth- oder Pachtvertrages. Denn nicht die gemiethete oder gepachtete Sache bildet den Gegenstand des Vertrages, sondern deren Benutzung während einer gewis-

---

[6]) S. die Note 4) angeführten Gesetze.

sen Zeit, und gegen eine gewisse Vergütung; in dem Begriffe einer Benutzung liegt aber, daß der dazu erforderliche Aufwand, worunter hier das bedungene Mieth- und Pachtgeld mit begriffen ist, zuvor abgesetzt werden müsse, wenn der Ertrag berechnet werden soll, von dessen Bestimmung die Nachweisung der Appellationssumme ausgehen muß.

Für den Miether oder Pächter kann also nur der Ertrag und der Werth, welchen die Miethe oder Pachtung für ihn nach seinen Verhältnissen hat, hier in Anschlag kommen, und das Miethgeld ist bloß, wenn der Vermiether oder Verpächter appellirt, in Betracht zu ziehen.

Die Schwierigkeit und Weitläufigkeit einer solchen Ausmittelung kann unter diesen Umständen, wo es keinen andern Maaßstab giebt, nur bewirken, daß der Oberrichter mit eine Wahrscheinlichkeit begründenden Bescheinigungen sich begnügen müsse, ohne einen vollständigen Beweis zu verlangen. Auch ist die Nachweisung in diesem Falle weniger schwierig, wo es an Grundsätzen über den Pachterwerb nicht gebricht, dergleichen über den gemeinen Miethwerth ebenfalls zu bestehen pflegen, und diese der Schätzung unter Berücksichtigung der besondern Verhältnisse des Pächters oder Miethers um so sicherer untergelegt werden können, als die gewöhnlich beschränkte Dauer solcher Verträge die zeitigen Erfahrungen anzuwenden erlaubt, und nicht, wegen einer möglichen Veränderung in einer fernen Zukunft, als mißlich und unzureichend zeigt.

4. Das höchste Gericht zu Wolfenbüttel hat diese

Grundsätze in zwei verschiedenen Sachen in Anwendung gebracht.

In der Einen ward über den Kauf eines Hauses gestritten und, obwol dasselbe unstreitig an Werth die Appellationssumme übertraf, das Daseyn des Letzten in Zweifel gezogen; weil sie nicht aus dem Betrage der streitigen Sache, sondern demjenigen des streitigen Rechtes abzunehmen sey. Die Appellationssumme, so ward behauptet, ergebe sich daher im Falle eines Kaufes aus dem Ueberschusse des wahren Werths nach Abzug des Kaufgeldes. Ein Ausspruch vom Februar 1818 verwarf diese Meinung und nahm die Appellationssumme für nachgewiesen an, aus folgenden Gründen:

„Die Appellabilität ist nach dem Werthe des Gegenstandes der Appellation zu ermessen. Dieser Gegenstand besteht im gegenwärtigen Prozesse in den Nschen Häusern, deren Werth die Appellationssumme übersteigt. Supplicant versucht die so begründete Devolution dadurch zweifelhaft zu machen, daß er dem wahren Streitsgegenstande eine Schätzung des aus dem Gewinne oder Verluste des Prozesses entstehenden pecuniären Interesse substituirt. Ganz unzuständig verwandelt Supplicant hierdurch das vorliegende Streitobject in das Interesse, auf welches eine Entschädigungsklage beschränkt seyn könnte. Wäre es erlaubt, im Widerspruche mit den Gesetzen, zur Ausmittelung der Appellationssumme den wahren Appellationsgegenstand in pecuniären Gewinn oder Verlust aufzulösen; so würde es selbst bei den wichtigsten Contractsgegenständen zur Contractserfüllung

für denjenigen keine Appellation geben, der einen nicht vortheilhaften Handel schloß.«

In der andern Sache ward über die Aufhebung eines Pachtvertrages gestritten, und der Pächter, welcher darin appellirte, wollte die Appellationssumme aus der Zusammenziehung der Pachtgelder von dem Zeitraume berechnen, für welchen er die Fortsetzung der Pacht zu erstreiten trachtete. Ein Bescheid vom Nov. 1816 erklärte diese Nachweisung für unstatthaft: »weil im vorliegenden Falle nicht das vom Appellanten zu bezahlende Pachtgeld, sondern der von demselben bei der fraglichen Pachtung zu gewärtigende Gewinn, bei der Berechnung der Appellationssumme in Anschlag kommt.«

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bülow, Gottfried Philipp <<von>>,

Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts

Bd.: 2,1

Braunschweig 1818

J.rom.m. 75 k-2,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566526-1